

APROXIMACION AL ESTUDIO DE LA PARTE GENERAL DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES

**Trabajo presentado para la obtención del título de Doctor en
Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid por**

Jesús Alfaro Aguila-Real

Director: Prof. Dr. J. Cándido Paz-Ares.

Madrid, septiembre de 1989.

R.D. 68.598.

INDICE GENERAL

	<u>pagina</u>
<u>PRELIMINAR</u>	I
<u>ABREVIATURAS UTILIZADAS</u>	X
<u>INTRODUCCION</u>	1
§ 1. APROXIMACION ECONOMICA AL FENOMENO DE LAS CONDICIONES GENERALES. PLANTEAMIENTO.	
§ 2. LA FUNCION ECONOMICA DE LAS CONDICIONES GENERALES.	
I Condiciones generales y empresa.	
II Función de reducción de costes asociados a la celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa	
III Función de coordinación en el seno de la estructura organizativa de la empresa.	
IV Función de posibilitar el cálculo anticipado de los costes.	
V Función de seguridad jurídica.	
§ 3. EFECTOS ECONOMICOS DEL DESPLAZAMIENTO DE LOS RIESGOS POR MEDIO DE CONDICIONES GENERALES.	
I Introducción.	
II Intentos de justificación en el nivel contractual: el argumento del precio.	
III La legitimidad del argumento del precio desde el punto de vista del funcionamiento correcto del mercado.	
<u>CAPITULO 1</u>	28
<u>EL FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES.</u>	
§ 4. LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES: PLANTEAMIENTO Y BASES DE LA DISCUSION.	
§ 5. DOCTRINAS NORMATIVISTAS	
I Doctrinas normativistas	

- tradicionales.
- II Teorías normativistas modernas.
Planteamiento.
- III Teoría de la institución
- IV ¿Potestad normativa de los
empresarios?

§ 6. ¿LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES?: LAS POSICIONES CONTRACTUALISTAS RESPECTO A LA VALIDEZ Y EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES.

- I El planteamiento de la doctrina contractualista tradicional.
- II La justificación del carácter contractual de las condiciones generales.
- III La crítica a las posiciones contractualistas.

§ 7. EL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES COMO FUNDAMENTO DE SU VALIDEZ.

- I Planteamiento.
- II La teoría de la "libertad de decisión negocial".
- III La falta de validez de las condiciones generales.

CAPITULO 2

125

AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

§ 8. INTRODUCCION. METODOS DE DEFINICION DEL AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS.

§ 9. AMBITO OBJETIVO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES: LA NOCION DE CONDICIONES GENERALES.

- I La noción legal de condiciones generales.
- II Elementos de la definición legal
- III El requisito de la contractualidad de las condiciones generales.
- IV El requisito de la predisposición.
- V Requisito de la imposición.
- VI Irrelevancia de la forma.
- VII El momento relevante
- VIII Observaciones terminológicas.

§ 10. EL AMBITO SUBJETIVO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES: LA NOCION DE CONSUMIDOR.

- I La noción de consumidor en la LCU.
- II La utilización de la noción de consumidor como criterio de delimitación del ámbito de aplicación de normas protectoras a partir de algunos ejemplos del Derecho español y del Derecho comunitario.
- III La noción de consumidor y el llamado "Derecho de los consumidores".

§ 11. PROBLEMAS COMUNES AL AMBITO DE APLICACION: POSIBILIDADES DE APLICACION ANALOGICA Y CARGA DE LA PRUEBA.

- I Posibilidades de aplicación analógica del control del contenido a las condiciones generales utilizadas frente a un no consumidor.
- II Carga de la prueba

CAPITULO 3

232

LA INCLUSION DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO

§ 12. FINALIDAD DE LOS REQUISITOS DE INCLUSION: FUNCION DE TRANSPARENCIA Y FUNCION DE PUBLICIDAD.

§ 13 LOS REQUISITOS DE INCLUSION EN EL MARCO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO.

- I El "acuerdo de inclusión"
- II Requisitos de inclusión y normas generales del Derecho de los contratos.
- III Naturaleza jurídica de los requisitos de inclusión.

§ 14 LOS REQUISITOS DE INCLUSION EN LA LCU.

- I Ambito de aplicación
- II Relación con las normas de interpretación y de control del contenido.
- III Análisis de los requisitos de

- inclusión en relación con las distintas formas de aparición de las condiciones generales.
- IV Los requisitos de inclusión en los supuestos de contratos habitualmente celebrados por escrito.
 - V Los requisitos de inclusión en los contratos habitualmente perfeccionados oralmente.
 - VI Requisitos comunes: legibilidad y comprensibilidad.

§ 15 LA REGLA DE LAS CLAUSULAS "SORPRENDENTES".

- I Introducción: el § 3 AGB-G y el art. 5 AP.
- II Cláusulas sorprendentes en el Derecho español.
- III Cláusulas insólitas, cláusulas inusuales y cláusulas sorprendentes.
- IV Relación con los restantes requisitos de inclusión.
- V Relación con las normas de interpretación.
- VI Relación con las normas de control del contenido.
- VII Ambito de aplicación.
- VIII Supuesto de hecho de la norma
- IX El "efecto sorpresa" y su eliminación.
- X La utilización de la regla en el ámbito del control abstracto.

§ 16 LA INCLUSION DE LAS CONDICIONES GENERALES AL CONTRATO EN LAS RELACIONES ENTRE EMPRESARIOS: UN SUPUESTO ESPECIFICO: LAS "GUERRAS DE FORMULARIOS".

- I Planteamiento del problema.
- II La existencia de un contrato.
- III El contenido del contrato.

CAPITULO 4

361

LAS CONSECUENCIAS DE LA NO INCLUSION Y DE LA INEFICACIA DE LAS CONDICIONES GENERALES.

§ 17 INTRODUCCION: DESCRIPCION DEL
CONTENIDO DE LA NORMA.

§ 18 PRIMERA REGLA: LA REGLA DE LA
NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO.

- I La nulidad parcial en general.
Encuadramiento del supuesto del
art. 10.4 LCU en el marco de
la doctrina general de la
nulidad parcial.
- II Fundamento de la nulidad
parcial prevista en el art.
10.4 LCU.
- III Ambito de aplicación del art.
10. 4 LCU. El mantenimiento del
contrato en el caso de no
inclusión y teoría general, y
nulidad de condiciones
generales por causas ajenas a
la LCU.
- IV Ambito de la nulidad parcial.
Planteamiento del problema.
- V El concepto de cláusula.
- VI Las cláusulas "sin perjuicio de
lo dispuesto en las leyes".
- VII La reducción conservadora de la
validez.
- VIII Control de la eficacia y
control del ejercicio.

§ 19. SEGUNDA REGLA: LA REGLA DE LA
INTEGRACION DEL CONTRATO: EL REGIMEN
SUSTITUTIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES
INEFICACES.

- I Planteamiento.
- II La eliminación de las cláusulas
nulas sin sustitución.
- III La determinación automática de
la regulación sustitutiva.
- IV La no necesidad de determinar
concretamente la regulación
sustitutiva debido a la
conducta realizada por las
partes.
- V Los mecanismos de integración
del contrato.
- VI Cláusulas salvatorias.
- VII Las normas legales como
regulación sustitutiva
de las condiciones generales
ineficaces. Función del Derecho
dispositivo.
- VIII La extensión del Derecho
dispositivo.

IX	Insuficiencia del Derecho dispositivo.	
X	Instrumentos alternativos para la integración del contrato: la interpretación integradora del contrato.	
XI	La admisibilidad de la interpretación integradora en el Derecho español.	
XII	Configuración de la interpretación integradora en el Derecho español: la interpretación del art. 1258 CC.	
XIII	La interpretación integradora en el ámbito de las condiciones generales: posibilidades y límites.	
XIV	La integración de los contratos con condiciones generales ineficaces.	
§ 20. TERCERA REGLA: LA NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO COMO REGLA EXCEPCIONAL: EL ARTICULO 10.4.II LCU.		
I	El contenido de la norma.	
II	Naturaleza jurídica de la ineficacia del art.10.4 II LCU.	
III	Criterios para determinar la aplicabilidad del art. 10.4 II LCU.	
IV	Grupos de casos.	
<u>CONCLUSIONES</u>		566
<u>BIBLIOGRAFIA</u>		592
<u>JURISPRUDENCIA</u>		617

PRELIMINAR

I

El estudio del Derecho de las condiciones generales acostumbra a dividirse, como el de tantos otros sectores del ordenamiento, en una parte general y una parte especial. La parte general se ocupa básicamente de la determinación de la naturaleza jurídica de las condiciones generales y de la exégesis de las, que se denominan "disposiciones generales", es decir, de aquellas disposiciones que establecen su ámbito de aplicación (arts. 1.2 y 3 y 10.2 I LCU), los requisitos de inclusión (art. 10.1 a) LCU), las reglas de interpretación (art. 10.2 II LCU) y las consecuencias que para el contrato tiene la declaración de ineficacia o no inclusión de alguna o algunas condiciones generales (art. 10.4 LCU). La parte especial tiene por objeto el análisis de las normas de control del contenido que incluyen tanto la cláusula general y sus distintos grupos de casos, como la lista -más o menos detallada- de las cláusulas prohibidas (art. 10.1 c) LCU).

El objeto de la presente tesis es la parte general del Derecho español vigente -y proyectado- de las condiciones generales de los contratos, con la notable excepción de las normas que establecen las reglas de su interpretación. El análisis de dichas reglas, que en el proyecto originario formaba parte del trabajo que hoy se ofrece concluido, ha sido llevado a cabo por el doctorando en un estudio anterior ("La interpretación de

las condiciones generales de los contratos" RDM (1987) pp 7-61). El carácter inédito que deben revestir los estudios doctorales han impedido que un aspecto tan importante de la parte general quedara incorporado a la tesis.

II

El trabajo que se presenta para la obtención del grado de doctor ha sido elaborado, a lo largo de cuatro años, en tres "sedes" geográficas: la Universidad de Cantabria, donde el doctorando fue becario del Fondo para la formación del personal investigador (FPI) (1986-88); la Universidad de Heidelberg, en cuyo Instituto de Derecho económico disfrutó de una beca del Servicio alemán de intercambio académico (DAAD) (1987-1988); y la Universidad Autónoma de Madrid en la que desempeña en la actualidad una ayudantía de Derecho mercantil (1988-1989). En todos estos lugares el doctorando ha contado con la inestimable ayuda de profesores y compañeros a los que desde aquí desea expresar el testimonio de su más sincero agradecimiento. En especial, y por deber de reconocimiento, ha de nombrar a Don Aurelio Menéndez y a los demás miembros del Area de Derecho Mercantil de la UAM por la generosa acogida que le han dispensado; a los Profesores Don Fernando Pantaleón Prieto y Don A. Manuel Morales Moreno, por sus atentas y continuadas observaciones en los temas propios de la teoría general del contrato; al Prof. Dr. Peter Ulmer y al Dr. H. Josef Tries por el apoyo y las facilidades que le prestaron para el aprovechamiento de su estancia en Alemania.

También ha de hacerse referencia a la generosa ayuda de la Comisión asesora para la investigación científica y técnica del Ministerio de Educación y Ciencia que, en el marco de un proyecto de investigación sobre el Derecho de los consumidores, ha permitido la adquisición de abundante material bibliográfico. Finalmente y de modo muy especial, el doctorando manifiesta su reconocimiento al profesor Dr. Don Cándido Paz-Ares Rodríguez, director de la tesis, por el interés y la dedicación con que ha seguido y orientado su elaboración.

Madrid, septiembre de 1989.

ABREVIATURAS¹

AC	<u>Actualidad Civil</u>
AcP	<u>Archiv für die civilistische Praxis</u>
ADC	<u>Anuario de Derecho Civil</u>
AG	<u>Aktiengesellschaft</u> (Revista).
AGBG	<u>Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen</u> (Ley alemana de condiciones generales de los contratos)
AP	<u>Anteproyecto de ley de condiciones generales de los contratos</u> (1ª versión 1984, 2ª, 1988)
Ar	<u>Repertorio Aranzadi de jurisprudencia.</u>
art	<u>Artículo</u>
AT	<u>Audiencia Territorial</u>
BB	<u>Der Betriebs-Berater</u>
BGB	<u>Bürgerliches Gesetzbuch</u> (Código civil alemán)
BGH	<u>Bundesgerichtshof</u> (Tribunal Supremo federal alemán)
BOCG	<u>Boletín oficial de las cortes generales.</u>
BOE	<u>Boletín oficial del Estado.</u>
CC	<u>Código Civil</u>
CCJC	<u>Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil</u>
C de C	<u>Código de comercio.</u>
CE	<u>Constitución española.</u>
DB	<u>Der Betrieb.</u>
DNotZ	<u>Deutsche Notar-Zeitschrift</u>
DOCE	<u>Diario oficial de las Comunidades europeas.</u>
EC	<u>Estudios sobre Consumo.</u>
Harvard L. Rev.	<u>Harvard Law Review</u>
JA	<u>Juristische Arbeitsblätter</u>
JBL	<u>Journal of Business Law</u>
JCP	<u>Journal of Consumer Policy</u>
JR	<u>Juristische Rundschau</u>
JurA	<u>Juristische Analyse</u>
JuS	<u>Juristische Schulung</u>
JZ	<u>Juristenzeitung</u>
LA LEY	<u>Revista Jurídica LA LEY</u>
LCU	<u>Ley General de Defensa de los Consumidores y usuarios de 1984.</u>
LCS	<u>Ley del Contrato de Seguro de 1980.</u>
LG	<u>Landgericht</u> (Tribunal de primera o segunda instancia).
LVP	<u>Ley de ventas a plazos.</u>
MünchKomm	<u>Comentario muniqués al Código Civil alemán</u>

¹ Las abreviaturas que no figuran en esta lista se hallan explicadas en el texto.

NJW	<u>Neue Juristische Wochenschrift</u>
NJW-RR	<u>NJW-Rechtsprechungsreport Zivilrecht</u>
OLG	<u>Oberlandsgericht</u> (Tribunal de segunda o tercera instancia).
OM	<u>Orden ministerial.</u>
PJ	<u>Poder Judicial (revista)</u>
Proy	<u>Proyecto</u>
RCDI	<u>Revista Crítica de Derecho inmobiliario</u>
RDBB	<u>Revista de Derecho Bancario y Bursatil.</u>
RDGRN	<u>Resolución de la Dirección General de Registros y el Notariado</u>
RDM	<u>Revista de Derecho Mercantil</u>
RDN	<u>Revista de Derecho Notarial</u>
RD	<u>Real Decreto.</u>
RDP	<u>Revista de Derecho Privado</u>
RGD	<u>Revista general de Derecho</u>
RGLJ	<u>Revista General de legislación y jurisprudencia.</u>
Rev.Tr.Dr.Civ	<u>Revue trimestrelle de Droit civil.</u>
Riv.Dir.Civ.	<u>Rivista di Diritto Civile</u>
Riv.Dir.Comm	<u>Rivista di Diritto Commerciale</u>
Riv.Tr.Dir	
Pr. Civ.	<u>Rivista Trimestrale de Diritto e procedura civile</u>
RJCat	<u>Revista Jurídica de Cataluña</u>
SAT	<u>Sentencia de la Audiencia Territorial</u>
STS	<u>Sentencia del Tribunal Supremo.</u>
TS	<u>Tribunal Supremo</u>
VersR	<u>Versicherungsrecht</u>
WM	<u>Wertpapier-Mitteilungen</u>
ZGR	<u>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</u>
ZHR	<u>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht.</u>
ZIP	<u>Zeitschrift für Wirtschaftsrecht.</u>
ZRP	<u>Zeitschrift für Rechtspolitik</u>

I N T R O D U C C I O N

Sumario

§ 1. APROXIMACION ECONOMICA AL FENOMENO DE LAS CONDICIONES GENERALES: PLANTEAMIENTO.

§ 2. LA FUNCION ECONOMICA DE LAS CONDICIONES GENERALES.

- I Condiciones generales y empresa.
- II Función de reducción de costes asociados a la celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa.
- III Función de coordinación en el seno de la estructura organizativa de la empresa.
- IV Función de posibilitar el cálculo anticipado de los costes.
- V Función de seguridad jurídica.

§ 3. EFECTOS ECONOMICOS DEL DESPLAZAMIENTO DEL RIESGO POR MEDIO DE CONDICIONES GENERALES.

- I Introducción.
- II Intentos de justificación en el nivel contractual: el argumento del precio.
- III La legitimidad del argumento del precio desde el funcionamiento correcto del mercado.

§ 1. APROXIMACION ECONOMICA AL FENOMENO DE LAS CONDICIONES GENERALES. PLANTEAMIENTO.

Todos los estudiosos que se han ocupado de las condiciones generales de los contratos parten de dos premisas prácticamente indiscutidas, que pueden resumirse en la idea de que las condiciones generales constituyen un "mal necesario"¹.

¹. Con formulaciones diferentes, esta idea puede encontrarse en cualquiera de los trabajos al uso: vid, por ejemplo, A. SANCHEZ ANDRES "El control de las condiciones generales en Derecho comparado: panorama legislativo" RDM (1980) pp 386-387; RAISER Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bad Homburg (1935) (reimpr. 1961) pp 91ss; ULMER en ULMER-BRANDNER-HENSEN

a) La primera premisa es que son necesarias. Se trata, en efecto, de un instrumento de racionalización de la actividad empresarial que se considera imprescindible para el funcionamiento del tráfico negocial.

b) La segunda premisa es que son "malas", en el sentido de que la regulación contractual que habitualmente contienen resulta perjudicial para cada adherente en particular y para el funcionamiento del mercado en general.

Estas premisas han determinado el tratamiento jurídico de las condiciones generales de los contratos. En efecto, el Derecho de las condiciones generales, por una parte, presupone que son válidas, es decir, que vinculan al adherente (y en este sentido asume la necesidad de su utilización por parte de las empresas) y, por otro lado, considera que es preciso someterlas a un control especial, mucho más estricto que el establecido con carácter general para los contratos individuales (y de este modo trata de conjurar los efectos perjudiciales que generalmente llevan anejos).

Así las cosas, consideramos oportuno anteponer a nuestro estudio específico, un examen más detallado de cada una de estas dos premisas que, respectivamente, nos lleva a analizar la función económica de las condiciones generales (infra § 2) y los efectos económicos de su utilización (infra § 3).

§ 2. LA FUNCION ECONOMICA DE LAS CONDICIONES GENERALES.

I. Condiciones generales y empresa.

El fenómeno de las condiciones generales de los contratos está estrechamente vinculado al fenómeno de la empresa². En las páginas que siguen, tratamos de explicar por qué las empresas utilizan condiciones generales. Por ahora podemos adelantar que, en síntesis, las condiciones generales constituyen la respuesta a tres grupos de necesidades de las empresas relacionadas con su actividad contractual: la necesidad de reducir los costes asociados a la celebración y regulación de los contratos de la empresa con su clientela; la necesidad de coordinar la actividad de los miembros de la organización empresarial que de modo directo o indirecto resulta afectada por estas relaciones con

² Hasta tal punto es así que en ellas se ha querido ver un "Derecho autónomo de la actividad empresarial". Nos referimos al famoso trabajo de H. GROSSMAN-DOERTH titulado Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht Friburgo 1933. (al respecto vid infra § 5 I). Lo dicho en el texto no significa, sin embargo, que las condiciones generales no se utilicen fuera del ámbito empresarial. En ocasiones, los particulares también utilizan formularios pero esto no obedece a las mismas necesidades que siente la empresa. La razón del empleo de condiciones generales está aquí en que los particulares legos en Derecho, no disponen ni del tiempo, ni de la preparación para regular detalladamente sus relaciones y creen insuficiente el Derecho dispositivo. Se trata por tanto de razones de seguridad jurídica. En todo caso, este es un fenómeno -como ha señalado Roppo- de muy escasa incidencia (ROPPO Contratti standard Milán 1975 pp 25-26).

terceros³; y la necesidad de calcular anticipadamente el coste de producción de los bienes y servicios.

Además, la utilización de condiciones generales obedece a otras razones pero que ya no son específicas de la empresa. Suelen reunirse bajo el rótulo de la función de seguridad jurídica. A ella aludiremos al final.

Las condiciones generales son una respuesta a las necesidades mencionadas, con independencia de la regulación concreta que contengan. Esto significa que, aunque el contenido de las mismas puede venir influido por las necesidades citadas, su efecto racionalizador está asociado ya a que constituyen un elemento de estandarización⁴. Obviamente, las empresas pueden obtener ventajas adicionales del empleo de condiciones generales atribuyendo los riesgos a la otra parte, pero, como hemos señalado, no es necesario recurrir a dicho argumento para explicar por qué las empresas utilizan condiciones generales⁵.

³ En lo que llega a nuestro conocimiento, ha sido T. RAKOFF "Contracts of adhesion. An Essay in reconstruction (96 Harvard L. Rev. (1983 pp 1222-1225) el primer autor que ha desarrollado la idea de que las condiciones generales responden a necesidades específicas de las empresas derivadas de su carácter de organizaciones estructuradas jerárquicamente.

⁴ Vid. H. KLIEGE Rechtsprobleme der AGB in wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln Göttingen 1966 p 18. (cit. Rechtsprobleme). Que las condiciones generales tienen una función racionalizadora es algo pacíficamente admitido por todos los autores y constituye un lugar común en la literatura sobre el tema.

⁵ Vid C. ADAMS Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz). (Discuss. n.º 6 des Volkswirtschaftlichen Institut der Universität Bern) Berna 1983 p 8. Esta argumentación puede contestarse afirmando que si de lo que se trata es de facilitar

II. Función de reducción de costes asociados a la celebración y regulación de los contratos celebrados por la empresa.

Dado que las empresas realizan una gran cantidad de transacciones con prestaciones idénticas, resulta eficiente económicamente establecer una regulación uniforme para todas ellas. De este modo se "simplifican y aceleran de modo radical los procedimientos de celebración de los contratos, reduciéndose, por medio del consiguiente ahorro de tiempo, medios y actividad, aquellos costs of bargaining que las técnicas de contratación individual (fundada sobre la discusión de cláusulas concretas) contribuyen, por el contrario, a elevar"⁶.

Con la utilización de condiciones generales, en efecto, la celebración del contrato se convierte en un proceso prácticamente automático. En caso de que sea necesario negociar alguno de los términos de la transacción (condiciones de pago o entrega, descuentos etc.) la existencia de condiciones generales permite a

normas estandarizadas para los contratos, y no sólo de provocar un desplazamiento de los riesgos al adherente, las empresas siempre podrían recurrir al Derecho dispositivo, que como es sabido, cumple precisamente esta función. Sin embargo, ello supone no tener en cuenta el carácter envejecido e inadaptado del Derecho dispositivo así como su excesiva generalidad y necesidad de interpretación, aspectos de los que nos ocuparemos más adelante (vid infra § 19 IX).

⁶ ROPPO Contratti standard p 29; PAZ-ARES ADC (1981) P 677; RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1221; KLIEGE Rechtsprobleme p 18.

las partes concentrarse sobre dichos puntos sin renunciar por ello a una regulación detallada del resto.

El ahorro de costes no se refiere sólo al tiempo que se necesitaría para ir detallando punto por punto la regulación del contrato, sino también, y sobre todo, al de utilización de personal en dicha labor. La existencia de condiciones generales "hace posible el uso eficiente de capacidades jurídicas y gerenciales caras"⁷.

En dos sentidos. En primer lugar, permite la especialización de los agentes de ventas a menor coste (de formación) en cuanto pueden desentenderse de la regulación completa de los contratos que celebran y concentrarse en el objeto o producto que venden y en convencer al cliente para que celebre el contrato. De esta forma, no resulta necesario que los agentes de venta de la empresa tengan conocimientos jurídicos profundos⁸. En segundo lugar, el "trabajo jurídico" puede concentrarse en el seno de la empresa (asesoría jurídica) con las consiguientes economías de escala.

III. Función de coordinación en el seno de la estructura organizativa de la empresa.

1. Toda organización, y las empresas constituyen un ejemplo sobresaliente de actividad organizada, trata de acomodar su actuación a dos exigencias fundamentales y opuestas: la división y la coordinación de las tareas⁹.

⁷ RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) p 1223.

⁸ En los supuestos en que es el cliente el que lleva la iniciativa, la existencia de condiciones generales permite que sea personal de muy baja cualificación el que lleve a cabo como actos rutinarios la celebración de complejos contratos

⁹ Vid. para esto y para lo que sigue, sobre todo H. MINTZBERG La estructuración de las organizaciones Barcelona² 1988 p 26. Puede afirmarse, incluso, que la existencia misma de empresas responde a la sustitución de transacciones de mercado por mecanismos de

De entre los mecanismos de coordinación utilizados por las organizaciones¹⁰, las condiciones generales suponen un ejemplo de coordinación a través de la normalización y del recurso a la formalización del comportamiento.

La normalización, como todo mecanismo de coordinación trata de reducir los costes de comunicación entre los distintos sujetos de una organización (o dicho de otro modo, entre las distintas tareas consecuencia de la división del trabajo). La característica básica de la normalización es que la coordinación se logra antes de que se realice el trabajo, es decir, incorporándola al programa de trabajo. Al normalizar se reducen, si no se eliminan, las necesidades de comunicación informal entre los distintos departamentos de una organización en cuanto cada uno sabe qué puede esperar de los otros sin establecer contactos informales con ellos¹¹.

Para lograr este resultado, es decir, que se produzcan pautas estables de comportamiento, las organizaciones recurren a la formalización de los comportamientos de sus miembros¹². Este consiste en utilizar normas para reducir o eliminar la libertad de acción de los miembros de la organización, ejerciendo así un control sobre éstos desde la dirección. Las organizaciones recurren a la formalización a fin de reducir la variabilidad del comportamiento de sus miembros llegando a predecirlo y controlarlo¹³, de manera que el grado de formalización dependerá de la mayor o menor necesidad de uniformidad en el comportamiento de sus miembros que la estrategia de la organización exija.

La formalización y, en general, el sometimiento a

coordinación, en cuanto que los costes asociados a éstos sean inferiores a los que genera la realización de intercambios en el mercado. Esta es la célebre hipótesis de R.H. COASE "La naturaleza de la empresa" Información comercial española Enero 1980 pp 67-76 esp. pp 69-70; C. PAZ-ARES "La economía política como jurisprudencia racional" ADC 1981 pp 675-76 nota 223.

¹⁰ Vid. amplius MINTZBERG Estructuración pp 27-33 Tales son: la comunicación informal, la supervisión directa, la normalización (de procesos, de resultados y de habilidades).

¹¹ MINTZBERG ibidem p 29.

¹² MINTZBERG ibidem pp 112 ss.

¹³ MINTZBERG ibidem p 114.

normas en el seno de una organización no es un fin en sí mismo -aunque puede serlo- sino un instrumento para lograr realizar la estrategia diseñada por la gerencia o dirección. La normalización permite así imponer en toda la organización los procedimientos más eficientes diseñados por la gerencia en su labor de planificación. Consecuentemente, a mayor normalización, menor autonomía para los eslabones finales de la organización -los que están en contacto con los clientes-. Con ello se logra centralizar la organización concentrando el poder en la gerencia¹⁴. Por último, ha de recordarse que la normalización sirve para garantizar la imparcialidad en el trato a los clientes¹⁵.

Veamos a continuación, como se concretan estos efectos de la normalización en el caso de la utilización de condiciones generales.

2. En primer lugar, y en lo que hace a las necesidades de comunicación entre los distintos departamentos de una empresa, resulta claro que el empleo de condiciones generales reduce las necesidades de comunicación en el seno de la empresa, puesto que las eventuales incidencias se encuentran previstas en las condiciones generales y todos saben a qué atenerse (cobro o no de reparaciones por el servicio postventa, plazo de entrega, accesorios que se incorporan al objeto vendido, quejas que deben ser atendidas...): "condiciones normalizadas permiten procesar las transacciones de modo rutinario"¹⁶, transacciones que, de otro modo, exigirían grandes dosis de comunicación informal.

En segundo lugar, y sobre todo, el empleo de condiciones generales permite a la empresa planificar su actividad contractual y garantizar la ejecución de lo

¹⁴ MINTZBERG *ibidem* pp 231-232.

¹⁵ MINTZBERG *ibidem* p 114.

¹⁶ RAKOFF 96 *Harvard L. Rev.* (1983) p 1222.

planificado en todos los eslabones de la organización, y especialmente, en relación con los agentes de venta¹⁷.

Esta ventaja del empleo de condiciones generales en este punto es doble. Primero, la utilización de condiciones generales, al establecer con anticipación los términos del contrato permite a la empresa planificar su actividad con mayor seguridad y, segundo, permite adaptar a las necesidades de la empresa la actuación de los terceros con los que contrata. Por ejemplo, previendo en qué forma han de suministrarse los pedidos o entregarse la documentación, cómo han de efectuarse los pagos y los cobros, donde puede ser demandada la empresa o el cliente etc¹⁸.

La planificación carece de sentido si el "ápice estratégico" o de dirección de la empresa no puede garantizar que las órdenes impartidas van a ser cumplidas por el personal de la empresa que celebra los contratos con la clientela. Aquí, y este es el otro aspecto ventajoso de su empleo como instrumento de formalización de la conducta de dicho personal, la

¹⁷ Este aspecto es destacado por todos los autores vid, por todos ROPPO Contratti standard p 29; RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1223; KLIEGE Rechtsprobleme p 18.

¹⁸ Vid KLIEGE Rechtsprobleme pp 28-31. Este autor examina de manera detallada las distintas funciones que en el ámbito de la planificación de la actividad empresarial pueden desempeñar las condiciones generales. Así, distingue cláusulas con función de facilitar la gestión administrativa en la empresa (por ej. cláusulas sobre la forma que han de cumplir las facturas de los proveedores, o de qué modos se han de realizar los pagos y los cobros); cláusulas que facilitan el proceso de producción (por ej. cláusulas que exigen a los proveedores plazos de garantía o de prueba, o cláusulas que prohíben al cliente ceder su posición contractual a un tercero, cláusulas que imponen una determinada periodicidad en el suministro para evitar gastos de estocaje o épocas de falta de materias primas o repuestos, o cláusulas que imponen la obligación de adquisiciones periódicas a los clientes con el mismo fin); cláusulas que facilitan las ventas como las que prohíben la reventa realizada por el cliente o las que prohíben la reimportación etc.

existencia de condiciones generales garantiza el cumplimiento de las órdenes de la dirección por éstos en cuanto que, como hemos visto, se priva a los empleados de autonomía para negociar las condiciones de los acuerdos. La efectividad se completa con las llamadas "cláusulas de forma escrita", esto es, aquellas que niegan cualquier validez a las promesas orales realizadas por el personal de ventas en contra o al margen de lo establecido por las condiciones generales^{1º}.

IV. Función de posibilitar el cálculo anticipado de los costes.

La razón tal vez más significativa del empleo de condiciones generales por parte de las empresas viene dado por la posibilidad de realizar un cálculo previo de cualquier contingencia o eventualidad susceptible de representar un coste en el balance de la empresa (Kalkulationssicherheit)^{2º}. Es más, en determinados sectores, como en el de seguros, donde la economía del contrato está basada en la ley de los grandes números, la uniformidad de las condiciones contractuales, no sólo facilita dicho cálculo, sino que es un requisito sine qua non para la realización de la actividad

^{1º} Sobre la Schriftformklausel vid J. ALFARO "La interpretación de las condiciones generales de los contratos" RDM (1987) pp 32-36.

^{2º} ROPPO Contratti standard p 32; KLIEGE Rechtsprobleme p 19.

empresarial²¹.

Fijando en condiciones generales la regulación para todos los contratos que celebre, el contenido y los plazos de garantía que asume, las variaciones en la calidad de los productos que admite o los gastos y prestaciones accesorias que son a cargo del vendedor, por poner algunos ejemplos, las empresas pueden calcular anticipadamente los costes de producción de sus bienes y servicios. Esta, que puede denominarse función de seguridad en el cálculo, "debe distinguirse de la simplificación del cálculo mediante la transferencia de los riesgos (al adherente) por medio del contenido de las cláusulas"²². El empleo de condiciones generales permite el cálculo de los costes, la transferencia de los riesgos a la otra parte los reduce para la empresa.

V. Función de seguridad jurídica.

1. El empleo de condiciones generales se ha justificado no sólo desde el punto de vista de las necesidades empresariales, sino también por sus efectos beneficiosos sobre el tráfico en general. En las exposiciones al uso, suele hacerse referencia, en primer lugar, a la función de promoción de la seguridad jurídica que las condiciones generales cumplen, en el sentido de hacer previsibles las consecuencias de una actuación, tanto de la empresa como de los adherentes.

²¹ KLIEGE Rechtsprobleme p 18.

²² KLIEGE ibidem p 19.

Este argumento puede resumirse del siguiente modo. El derecho dispositivo es un derecho anticuado, lacunoso, ambiguo y en escasa medida adaptado a las necesidades del tráfico actual, amén de que su regulación está pensada para supuestos típicos y, por tanto, no prevé especialidades atípicas que han adquirido carta de naturaleza en el tráfico²³. Las condiciones generales proporcionan, pues, seguridad jurídica a las partes en cuanto suministran "una reglamentación de las relaciones más analítica, exhaustiva y clara... (con lo que) se remueven... los motivos de incertidumbre y con ellos las razones de muchas controversias en lo que toca a una correcta administración del contrato previniéndose así, indirectamente, la litis y los costes a ella asociados"²⁴.

El argumento es, en principio, plausible. En efecto, no puede negarse, primero, que el derecho dispositivo no está adaptado a la realidad del tráfico actual, aunque no debe exagerarse tal inadaptación²⁵; y,

²³ Vid detalladamente infra § 19.IX.

²⁴ PAZ-ARES ADC 1981 p 677. Vid tb. ROPPO Contratti standard p 43 y sobre la prevención de litigiosidad p 31; tb. J.M. GONDRA "Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante débil en el comercio internacional" en Estudios Homenaje a Uría Madrid 1978 pp 233-247 p 233.

²⁵ En materia contractual, debe considerarse como parte del Derecho dispositivo, según veremos más detalladamente infra § 19 VIII, el llamado Derecho judicial que tiene precisamente como misión complementar y adaptar el ordenamiento jurídico a la realidad social. Una jurisprudencia uniforme y doctrinalmente apoyada puede suplir la inactividad del legislador sin excesivos problemas. Para decidir sobre si el argumento es o no convincente, por lo tanto, hay que atender a las connotaciones "nacionales", es decir, al estado del

segundo, que las condiciones generales pueden cumplir con dicha función, sobre todo en aquellos contratos que carecen de regulación legal o de un cuerpo de doctrina jurisprudencial sólido y completo. Para comprobar la veracidad de tales apreciaciones basta recordar la incapacidad del Estado -sobre todo en el ámbito contractual- para atender a las necesidades normativas de una economía tan compleja como la de los países industrializados, que se manifiesta de forma patente, por citar un sólo ejemplo, recordando el recurso cada vez más amplio por parte del legislador a la utilización de "cláusulas generales" en lugar de normas con supuestos de hecho específicos. Sin embargo, deben señalarse igualmente las limitaciones que tal argumentación tiene y que son las siguientes.

a) En primer lugar, la función de proporcionar seguridad jurídica queda reducida en la práctica, por la escasa claridad y corrección de contenido de las condiciones generales que circulan en nuestro país. Nos parece evidente que no puede alegarse que las condiciones generales proporcionan una alternativa al

Derecho en cada país. Obviamente, la queja de la inadaptación del Derecho dispositivo y su carácter lacunoso es muchos más convincente en España que en Portugal o en Alemania, en el primero porque su código civil es de 1966 y en el segundo porque, como recuerda ULMER (ADC 1988 pp 775-776) la jurisprudencia del BGH sobre el leasing (por ejemplo) demuestra que "instituciones judiciales especializadas están en disposición de fijar los contornos de los tipos contractuales no regulados legalmente, paso a paso, según la técnica del case law, y, al mismo tiempo, lograr que su contenido sea equilibrado garantizando la seguridad jurídica en estos ámbitos... Con ello, además, las críticas al carácter anticuado de la regulación del Código Civil han perdido buena parte de su acritud".

Derecho dispositivo en claridad, cuando al mismo tiempo se les achaca su difícil comprensión para los adherentes. La regulación del art. 10.1 a) LCU y sus concordantes en el Derecho comparado demuestran la insatisfacción del legislador al respecto.

b) En segundo lugar, la seguridad jurídica la proporciona la garantía de que las condiciones generales serán aplicadas por los tribunales en caso de litigio. Cuando, como ocurre en nuestro país, las condiciones generales se hallan plagadas de cláusulas abusivas, las dudas sobre su validez generan más incertidumbre que la que proporcionan. Podría replicarse que tales incertidumbres las provoca el legislador que instaura el control del contenido y no los predisponentes, pero semejante argumentación no resulta convincente, puesto que con las reglas generales y la legislación preexistente a la LCU cabía declarar la nulidad de numerosas cláusulas. Por tanto, el argumento de la seguridad sólo es válido cuando en el mercado hay "condiciones generales de alta calidad", tanto en su comprensibilidad como en su validez con arreglo a la ley, porque sólo en ese caso proporcionan una información útil a las partes sobre el contenido del contrato.

c) En tercer lugar, el argumento de la seguridad jurídica presenta otro límite "sociológico": la práctica de las empresas. En muchas ocasiones, y por razones de política comercial, las empresas están dispuestas a hacer "excepciones" con determinados clientes o en

determinadas circunstancias, dando en estos casos un trato más favorable que el que resultaría de aplicar las condiciones generales. Esta discrecionalidad de la empresa no tiene su origen exclusivamente en un defectuoso funcionamiento de la organización, sino que responde perfectamente a la combinación de mecanismos formales (condiciones generales) e informales (Keep your costumer satisfied) que puede (y seguramente debe) encontrarse en el funcionamiento eficiente de las organizaciones²⁶. Así, el hecho de que las condiciones generales sean elaboradas por el staff tecnocrático que tiene en cuenta en exclusiva los intereses de la empresa, determina que las condiciones generales

²⁶ Vid MINTZBERG Estructuración p 35 pero tb passim. No hace falta insistir sobre la veracidad del argumento. Instituciones como el "preferencial negativo" en la banca que permiten conceder crédito a buenos clientes a un interés inferior al que el banco publica como el que concede a "sus mejores clientes", o en general, cualquier manifestación de la "civilización del favor" tan frecuente en nuestra vida económica y administrativa son buena prueba de ello. En ocasiones, ni siquiera las propias empresas se fían de la validez de sus condiciones generales. Una buena prueba de ello es el caso de las cláusulas que establecen presunciones de conocimiento y de aceptación por parte de los adherentes de las comunicaciones enviadas por el empresario. "Obviamente tal regla puede encontrar su justificación en la manifestación bancaria que imposibilita al banco la comprobación exhaustiva y minuciosa de que sus comunicaciones se han recibido en el plazo previsible. Pero de ahí a que pueda fundamentar una alegación procesal tendente a probar que el cliente prestó su conformidad al contenido de la comunicación -y que por tanto la había recibido- existe una importante diferencia. Reconociendo esto, la práctica que siguen los bancos cuando la notificación registra un saldo deudor o descubierto es la de cursarla por medios que aseguren la recepción como hizo en este caso el banco demandante que remitió el extracto en que se recogía el importe del descubierto "bajo fe notarial por correo certificado con acuse de recibo". (SANCHEZ GUILARTE "Aspectos de la cuenta corriente bancaria" RDBB 6(1986) p 659.

"sobreprotejan", en ocasiones, al empresario²⁷. De tal forma que éste puede permitirse el lujo de renunciar a dicha protección si así resulta más conveniente a los intereses comerciales. La mayor o menor desviación de la práctica de la empresa respecto de las condiciones generales dependerá también del peso que el departamento comercial tenga en relación con el staff tecnocrático. Pues bien, en estos casos, la seguridad jurídica desaparece del mismo modo que en el cuento del pastor mentiroso, y se torna en inseguridad en cuanto el cliente queda a expensas de que la empresa se parapete en sus condiciones generales si ello le conviene²⁸.

d) En cuarto lugar, la seguridad que proporcionan las condiciones generales es, sobre todo, seguridad para las empresas. En efecto, si los tribunales las consideran vinculantes, lo que se protege es la confianza de la empresa en las condiciones generales como forma de comunicación interna según queda expuesto²⁹. Es mucho más dudoso que las condiciones generales proporcionen dicha seguridad respecto a los acuerdos a los que hayan llegado vendedor y cliente. Respecto a éstos, las condiciones generales crean precisamente la apariencia contraria y dificultan la

²⁷ RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) pp 1227-1228 y 1232.

²⁸ Estas prácticas pueden tener así una finalidad "disciplinante" de los clientes amenazando con la regulación contenida en las condiciones generales si no se avienen a aceptar una solución de su conflicto con la empresa que sea aceptable para ésta.

²⁹ RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) p 1233.

prueba de su existencia, ya que las condiciones generales -y mucho más si se incluye una cláusula de forma escrita- aparecen como la regulación completa del contrato, con lo que se sientan una prueba prima facie de inexistencia de acuerdos individuales o formas comunes de interpretación, cuya prueba posterior para el cliente, resultará muy difícil³⁰.

e) En quinto lugar, el peso del argumento varía en función del tipo de contrato de que se trate, siendo mayor respecto a los contratos atípicos que carecen de un "Derecho judicial" desarrollado, que respecto a los contratos "tradicionales" donde las soluciones jurisprudenciales garantizan respuestas estandarizadas previsibles³¹.

³⁰ En este sentido limitaríamos la argumentación de RAKOFF (96 Harvard L. Rev (1983) p 1233) quien parece partir de la base de que los acuerdos individuales orales no son válidos. Al respecto nos remitimos nuevamente a ALFARO RDM 1987 pp 32-36.

³¹ Además de los argumentos señalados y en el ámbito del comercio internacional, las condiciones generales cumplen una función al servicio de la unificación normativa. Vid CH. DEL MARMOL "Les clauses contractuelles types facteur d'unification du Droit commercial" Liber amicorum Baron Louis Fredericq I 1966 p 309 y sobre todo GONDRA "Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional" en Estudios Homenaje a Uriá Madrid 1978 pp 233-234 y GONDRA RDM 1973 pp 7ss. No se tienen en cuenta aquí otras funciones que pueden cumplir las condiciones generales. En particular, pueden señalarse: 1º la función de defensa frente a la imposición por la otra parte de sus propias condiciones generales en caso de "batalla de formularios" (vid al respecto infra § 16); 2º la función de garantía de igualdad de trato a los clientes, función de especial importancia en el caso de empresas que prestan servicios públicos o en general, de empresas monopolísticas; 3º función de permitir el desarrollo de nuevas formas contractuales carentes de regulación legal, función que puede enmarcarse dentro de esta función de seguridad jurídica.

§ 3. EFECTOS ECONOMICOS DEL DESPLAZAMIENTO DE LOS RIESGOS POR MEDIO DE CONDICIONES GENERALES.

I. Introducción.

En el examen realizado hasta ahora nos hemos ocupados de las ventajas que para las empresas o el tráfico en general presenta el empleo de condiciones generales per se, esto es, con independencia de su contenido concreto. Tanto las ventajas como instrumento de racionalización de la actividad empresarial, como la de proporcionar una mayor seguridad jurídica, se derivan de cualesquiera condiciones generales y no de aquellas especialmente ventajosas para el predisponente.

Del análisis efectuado puede concluirse que el empleo de condiciones generales como instrumento de racionalización de la actividad empresarial responde a necesidades legítimas de las empresas. Sin embargo, no necesita aclaración alguna que la finalidad principal por la que las empresas utilizan condiciones generales es para desplazar riesgos y costes sobre el adherente reduciendo de esta manera los propios. De hecho, si las condiciones generales no tuvieran típicamente este contenido³², es probable que no hubieran provocado las

³² Parece justificado afirmar que las cláusulas de limitación y exención de responsabilidad constituyen el contenido típico de las condiciones generales,

reformas legislativas hoy muy extendidas ni estarían sometidas al régimen jurídico que hoy las gobierna. Cabe preguntarse ahora, si puede legitimarse de algún modo, no sólo la utilización de condiciones generales, sino el contenido típico de las mismas, esto es, el desplazamiento de los riesgos sobre el adherente. Si para legitimar las condiciones generales afirmábamos que constituyen un factor de racionalización de la actividad empresarial, para legitimar las cláusulas que desplazan los riesgos sobre el adherente, debería probarse, bien que éste recibe un equivalente por los riesgos que asume o bien, que desde el punto de vista del bienestar general y el funcionamiento correcto del mercado, dicha atribución de riesgos es correcta³³. A la comprobación de tales hipótesis dedicaremos las siguientes páginas.

II. Intentos de justificación en el nivel contractual: el argumento del precio.

1. Para que pudiera legitimarse la transferencia de

entendiendo aquéllas en sentido amplio, que incluye no sólo las cláusulas de exención o limitación de la responsabilidad por incumplimiento o por cumplimiento defectuoso, sino cualquier alteración de la atribución de riesgos y costes previstas por el derecho dispositivo. Por tanto, también las cláusulas sobre pago de impuestos o gastos, las que permiten entregar un aliud respecto a lo pactado, las que imponen lugares de incumplimiento etc. (Sobre la importancia de estas cláusulas en los condicionados generales vid. ROPPO Contratti standard p 35).

³³ Esta distinción entre la legitimidad de la estandarización y la ilegitimidad de la transferencia de los riesgos está generalizada en la doctrina Vid. sólo KÖTZ Gutachten p A. 23.

riesgos, habría que demostrar que, a pesar de ella, en la medida en que los adherentes reciben una compensación por otras vías no resultan perjudicados. En definitiva, se afirma, la justicia potencial del mecanismo contractual se mantiene incólume aunque se utilicen condiciones generales que trasladan los riesgos, porque los adherentes no resultan perjudicados económicamente por dichas transferencias de riesgos en cuanto obtienen una compensación vía precios de los productos o servicios. Este argumento tiene ya cierta tradición y suele denominarse argumento del precio³⁴.

Entre nosotros, el análisis más detallado lo ha llevado a cabo Gondra, quien lo expone del siguiente modo:

"En la medida en que los riesgos que asume el empresario se traducen en último extremo en <<costes>> de la empresa, y consiguientemente se reflejan en los <<precios>> de la cosa vendida o, en su caso, del servicio prestado, y estando siempre abierto el recurso al seguro para la otra parte contratante, el tema escapa a toda pretensión valorativa. El <<desplazamiento del riesgo>> sobre la contraparte vendrá lógicamente compensada por una rebaja paralela en el precio de la mercancía o del servicio. De ahí que toda intervención por vía legislativa que pretenda alterar la distribución de riesgos predispuesta por el empresario... acabará por provocar una elevación de precios en perjuicio de la parte contratante a la que se intenta favorecer sin que ésta obtenga a cambio ninguna ventaja sustancial"³⁵.

³⁴ La formulación parece deberse, de acuerdo con las exposiciones al uso, a VON BRUNN Die formularmässigen Vertragsbedingungen 2ª ed. 1956 pp 34ss apud LUKES "Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen" en Festschrifts Hueck Munich 1959 p 459; vid también RAISER Das Recht pp 289-290; y más detalladamente, PFLUG Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingung Munich 1985 p 86 nota 31.

³⁵ GONDRA Homenaje Uría p 238.

2. Este argumento ha sido objeto de profundas críticas que lo hacen hoy indefendible. Las críticas han sido de orden jurídico y económico.

a) Desde el punto de vista jurídico, el argumento se ha rechazado negando su premisa de partida: para juzgar el carácter abusivo o no de un reparto de riesgos, no puede utilizarse como criterio el precio, porque la cuantía del precio -salvo en el supuesto de la usura- es irrelevante para el Derecho, que remite su determinación a las leyes del mercado³⁶. Esta observación no parece, a nuestro juicio, aceptable. No sólo la cuantía del precio, sino la distribución de los riesgos son cuestiones que el Derecho remite a la libre decisión de las partes. El abandono de la doctrina del "precio justo" significa que el precio de los bienes debe configurarse con arreglo con innumerables decisiones individuales tomadas de acuerdo con la utilidad que a dichos bienes le atribuyen los particulares. Para decidir sobre esto, los consumidores tienen en cuenta no sólo el precio sino también los riesgos asumidos. El Derecho remite también esta decisión a los particulares en la medida en que las normas que regulan la distribución admiten su derogación por la voluntad de las partes. Cuando están en juego intereses o valores generales (el bienestar o el sentir de la comunidad a los que se refiere Raiser) el ordenamiento no recurre a normas dispositivas sino imperativas. Por lo tanto, también el equilibrio en la distribución de los riesgos contractuales es una decisión remitida a las partes como elemento influyente en la determinación del precio y no puede negarse la relevancia de la cuantía de éste sobre la "justicia" o "injusticia" de la distribución pactada contractualmente. Obviamente, y para que la finalidad del carácter dispositivo de las normas se vea realizada

³⁶ Así RAISER Das Recht p 290. WOLF Entscheidungsfreiheit p 33, en la misma línea señala que el precio no es decisivo para determinar el reparto de los derechos y obligaciones accesorios en el contrato porque respecto a éstos no le corresponde la función de dirección que el precio sí que desempeña respecto de los bienes. Es decir, según Wolf, el precio de los productos en una economía de mercado tiene como función -según vimos- asignar eficientemente los recursos colocándolos allí donde tengan mayor utilidad (que se refleja en el precio ofrecido), sin embargo, al precio no le corresponde realizar dicha función también respecto a los derechos y obligaciones accesorios en el contrato, los cuales deben distribuirse, por tanto, no según criterios de justicia conmutativa sino de justicia distributiva, y la justicia distributiva no es accesible a "preiskalkulatorische Erwägungen" vid. en el texto la crítica a esta concepción.

la actuación de los particulares a la hora de asumir determinados riesgos en función de una rebaja en el precio, ha de ser producto de su autodeterminación, puesto que de otro modo, los precios no reflejarían la "disposición de los consumidores a pagar" y se formarían incorrectamente³⁷. Lo que sucede con las condiciones generales es, precisamente, y como tendremos ocasión de examinar, que los adherentes no tienen en cuenta el contenido de las mismas a la hora de tomar su decisión de contratar.

b) Puede admitirse que si el argumento del precio fuese convincente, tendríamos un elemento legitimador del desplazamiento del riesgo por medio de condiciones generales, en cuanto significaría que, al reflejarse en el precio, los adherentes obtendrían la combinación de riesgos y precio que desearan. Dicho en otras palabras, significaría que el mercado controla las condiciones generales. Sin embargo, y como trataremos de probar inmediatamente, no se produce un reequilibrio "inconsciente" -vía precio- de la transferencia de los riesgos.

3. a) En primer lugar, y como ha demostrado Kliege³⁸, la influencia de las condiciones generales sobre el precio puede ser extraordinariamente diferente, sin que en la práctica, pueda averiguarse con seguridad su influencia en cada caso concreto. En segundo lugar, y sobre todo, porque esta influencia se solapa con la de otros factores, por lo que no es posible probar una relación causal entre cláusulas de desplazamiento del

³⁷ M. WOLF Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich Tübinga (1970) p 34.

³⁸ KLIEGE Rechtsprobleme pp 51-67. Vid para las conclusiones que se reproducen en el texto, pp 67-68.

riesgo y disminución del precio. Por lo tanto, el cliente no recibe -o al menos no tiene por qué recibir- una compensación equivalente a los riesgos que asume³⁹. Todo ello, suponiendo un mercado competitivo, puesto que, obviamente, en caso de mercados donde el empresario está en condiciones de obtener una renta monopolística, ni siquiera tiene por qué trasladar a los clientes la disminución de costes⁴⁰.

b) Junto a esta crítica "empírica", se ha utilizado también en contra del argumento del precio, el punto de vista del seguro. Como se recordará, el argumento del precio afirmaba que al cliente siempre le quedaba la posibilidad de asegurar el riesgo desplazado por el empresario. Pues bien, para que este argumento sea convincente tendrían que darse dos requisitos adicionales: Primero, que se trate de un riesgo asegurable; y segundo, que el desembolso complementario del adherente en concepto de prima no sea superior al que tendría que pagar el empresario si corriera él con los riesgos⁴¹, lo cual es lógico, porque si la prima a pagar por el adherente fuera superior, la rebaja del

³⁹ Lo que puede recuperar el cliente por medio de una disminución del precio es muy diferente según los casos. Así, según el estudio de Kliege, en unos casos era una compensación del 50% (v Kliege *ibidem* p 69: transporte); en otros y por el carácter peculiar de las empresas se recuperaba todo (vid. esp. pp 69-70: empresas públicas de suministro de agua y electricidad) y en otros era imposible determinar la relación (p 71 para el precio de las consignas de equipajes en las estaciones).

⁴⁰ Vid sólo GONDRA Homenaje Uría p 238.

⁴¹ GONDRA Homenaje Uría p 239; LUKES Festschrift Hueck pp 461-462.

precio no sería una compensación bastante. Sin embargo, es muy improbable que éste sea el caso real. Normalmente, hay que suponer que el empresario es el que está en mejores condiciones de prevenir el siniestro por la mayor influencia que tiene sobre el riesgo, lo que hará que la prima del seguro le resulte inferior. Además, el asegurador puede ejercer una mayor influencia sobre él, como asegurado, que sobre el adherente, en aras de la prevención del siniestro⁴²; es más fácil hacer un cálculo preciso de la prima etc.

Por lo tanto, y como conclusión provisional, puede afirmarse que el argumento del precio, en general, no justifica el desplazamiento de los riesgos sobre el adherente porque la compensación vía reducción del precio, o bien no puede constatarse, o bien no existe, o bien resulta insuficiente⁴³.

⁴² GONDRA Homenaje Uría p 239.

⁴³ Lukes (Festschrift Hueck p 462) ha argumentado esta falta de correspondencia entre la disminución del precio y el riesgo desplazado alegando que la misma "no es un equivalente para los vicios concretos producidos en su caso o para los daños sufridos; es más bien un equivalente para la posibilidad de que se produzcan daños o de que el producto sea defectuoso... (por lo tanto, con el argumento del precio) se ponen en conexión magnitudes no homogéneas para el cliente, en concreto, el valor de cálculo general y los daños concretos". Este argumento es insostenible. El adherente, al aceptar las condiciones generales no asume "siniestros" sino simplemente riesgos, es decir, la posibilidad de que acontezca el siniestro y, lógicamente lo que debe compararse es la diferencia de precios con el coste de asegurar dicha posibilidad. Si el cliente es neutral al riesgo, debe serle indiferente una disminución del 4% en el precio que un 4% de posibilidades que se produzca un siniestro cuyos daños sean equivalentes al precio. La consideración debe hacerse ex ante y no ex post como pretende Lukes, porque ello significaría que todos los demás adherentes en cuyos casos no se ha actualizado el riesgo se habrían enriquecido.

4. Hay un supuesto, sin embargo, en el que el argumento del precio es admisible y convincente. Aquél en el que pueda medirse el coste de la asunción de un riesgo en cuestión y se ofrezca al cliente la posibilidad de contratar a un menor precio asumiendo dicho riesgo o a un precio mayor asumiendo el empresario el mismo: el caso de choice of rates⁴⁴. Esto exige que el cliente tome la decisión sobre la asunción ó no del riesgo de modo autodeterminado, esto es, con la información imprescindible para adoptar una decisión "racional"⁴⁵.

III. La legitimidad del argumento del precio desde el punto de vista del funcionamiento correcto del mercado.

1. El argumento del precio también carece de consistencia desde el punto de vista del funcionamiento del mercado. Desde esta perspectiva, habría que probar que el desplazamiento de los riesgos no lo distorsiona. Los resultados a que han llegado los diversos estudios sobre este particular apoyan más bien la conclusión contraria: el desplazamiento de los riesgos afecta

⁴⁴ Vid al respecto KLIEGE Rechtsprobleme p 68; KÖTZ Gutachten p 28.

⁴⁵ Vid correctamente WOLF Entscheidungsfreiheit p 34. En estos supuestos, en los que se permite al cliente la elección entre dos tarifas diferentes con diferente nivel de responsabilidad, podría hablarse -según los casos- de que existe una cláusula negociada que, consecuentemente, queda fuera del control del contenido.

negativamente al funcionamiento del mercado⁴⁶. El mejor resumen de estos efectos lo ha realizado Kötzt:

"Con el argumento del precio se sugiere la idea de que existe en todo caso un interés en que los precios al consumidor sean lo más bajos posibles. Y ello, dicho con tal generalidad, no es correcto. Cuando bienes o servicios comparables están afectados por vicios de diferente gravedad y frecuencia (esto es, son de diferente nivel de "calidad") y consecuentemente pueden provocar daños en diferente cuantía en la esfera de los consumidores, existe un interés en que estas diferencias queden reflejadas en el precio del bien o servicio. Porque sólo cuando la propensión a producir daños de un bien o servicios se refleja en el precio, existe la garantía de que se consumirá de los mismos el quantum óptimo desde el punto de vista macroeconómico. Las cláusulas de exención o limitación de responsabilidad y las cláusulas de desplazamiento del riesgo tienen precisamente el efecto contrario: eliminan los costes de dichos defectos del cálculo de los gastos del empresario, los colocan a cargo del consumidor y provocan así una formación incorrecta de los precios"⁴⁷.

Este efecto pernicioso no se produce cuando los consumidores asumen libre y conscientemente dichos riesgos por cuanto que, en este caso, adquirirán aquella combinación de precio y riesgos que les resulte más conveniente con lo que la producción de bienes y servicios seguirá respondiendo a los deseos de los

⁴⁶ La exposición podría realizarse de manera muy extensa, lo que nos llevaría al examen de la racionalidad de las reglas legales de la responsabilidad contractual desde el punto de vista del mercado y alargaría excesivamente este capítulo sin que con ello aportáramos nada nuevo al respecto. Nos remitimos, por lo tanto, a las exposiciones de PAZ-ARES ADC 1981 pp 664-676; TRIMARCHI "Sull' significato economico de la responsabilità contrattuale" Riv. Dir. Pr. Civ (1970) pp 512ss; KLIERGE Rechtsprobleme pp 115-138.

⁴⁷ KÖTZ Gutachten p 29. Vid también RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) pp 1230-1231. Con ello se hace referencia a las externalidades, fenómeno bien conocido en el ámbito del análisis económico del Derecho. Vid. PAZ-ARES ADC (1981) pp 712ss.

consumidores y, por ende, siendo "eficiente"⁴². Pero ello no sucede -insistimos- en los casos en los que, como ocurre con las condiciones generales, y por las razones que veremos más adelante, el desplazamiento de los riesgos de produce de manera oculta.

2. "El desplazamiento... subterráneo de costes y riesgos oculta la competitividad real de los oferentes, lo que distorsiona su posición como competidores "y ello aún cuando todos los empresarios utilicen en la misma medida condiciones generales con este contenido" porque aún en este supuesto "la cuantía de los costes efectivamente transferidos es diferente". La misma dependerá del cuidado con que la producción se realice y se controle, de manera que el número de productos devueltos por defectuosos será distinto en cada caso. Por lo tanto, los empresarios obtendrían ventajas de las mismas condiciones generales en diferente medida. Es decir, las cláusulas de exención contribuyen a "nivelar" la competitividad: "Las exclusiones de responsabilidad benefician sobre todo a los más negligentes"⁴³.

⁴² Vid. sólo TRIMARCHI Riv. Tr. Dir. Pr. Civ. 1970 p 513.

⁴³ KLIEGE Rechtsprobleme p 124. Además, señala este autor, que la estructura de costes de los empresarios es diferente en cada caso, de modo que un mismo ahorro se refleja de manera diferente en el nivel de los costes agregados. Vid más det. TRIMARCHI Riv.

CAPITULO 1

Sumario

EL FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES.

§ 4. LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES: PLANTEAMIENTO Y BASES DE LA DISCUSION.

§ 5. DOCTRINAS NORMATIVISTAS

- I Doctrinas normativistas tradicionales.
- II Teorías normativistas modernas. Planteamiento.
- III Teoría de la institución
- IV ¿Potestad normativa de los empresarios?

§ 6. ¿LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES?: LAS POSICIONES CONTRACTUALISTAS RESPECTO A LA VALIDEZ Y EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES.

- I El planteamiento de la doctrina contractualista tradicional.
- II La justificación del carácter contractual de las condiciones generales.
- III La crítica a las posiciones contractualistas.

§ 7. EL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES COMO FUNDAMENTO DE SU VALIDEZ.

- I Planteamiento.
- II La teoría de la "libertad de decisión negocial".
- III La falta de validez de las condiciones generales.

EL FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES.

§ 4. LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES: PLANTEAMIENTO Y BASES DE LA DISCUSION.

1. El nucleo de la discusión dogmática sobre las condiciones generales se ha centrado tradicionalmente en

el análisis de su "naturaleza jurídica". En realidad, de lo que se trataba -y de lo que aún hoy se trata¹- es de determinar cuál es el fundamento de su validez o, dicho con otras palabras, de cómo puede explicarse desde nuestro sistema de Derecho privado que unas cláusulas impuestas por una parte a la otra sean reconocidas por el ordenamiento como vinculantes.

Algunos autores (explícitamente y muchos de modo implícito) niegan relevancia a esta discusión sobre la naturaleza de las condiciones generales en cuanto que, -afirman- carece de consecuencias en lo que hace al régimen jurídico respecto del cual, tanto los normativistas como los contractualistas, llegan a resultados idénticos, porque "la posición que se adopta respecto a la naturaleza" de las condiciones generales no es obstáculo para aplicarles un régimen jurídico adaptado -no a su naturaleza jurídica- sino a la "naturaleza de las cosas"². Este posicionamiento debe ser replicado con energía apelando, en primer lugar, a la función de cualquier teoría. La legitimidad de la discusión teórica no puede fundarse sólo en sus "efectos prácticos" sino también en su capacidad explicativa. De otro modo, resulta necesario recurrir continuamente a los "caracteres especiales" del fenómeno para explicar por qué el régimen jurídico de una institución no se adapta a los fundamentos teóricos a los que se dice que responde en general. En segundo lugar, las teorías

¹ Algún autor, considera que la promulgación de la LCU ha cerrado la discusión. Vid. M. LOPEZ-SANCHEZ ("Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español" RGLJ (1987) p 612 nota 7): "la antigua polémica entre normativistas y contractualistas, (ha quedado) hoy definitivamente resuelta por la LGDCU a favor de estos últimos". No vemos argumentos en la LCU que apoyen tal afirmación. Al contrario, a favor de las teorías normativistas, puede alegarse que la LCU, no exige como requisito de validez que las condiciones generales sean aceptadas por el adherente. En definitiva, no creemos que la LCU haya decidido nada de modo consciente en uno u otro sentido, amén de que como afirma Pflug, el legislador no es una autoridad en materia de dogmática jurídica, aunque sus decisiones hayan de respetarse (PFLUG Kontrakt und Status im Recht der AGB Munich 1985 p 277 y 319).

² Así ROPPO Contratti Standard Milán 1975 pp 91 ss; M. REHBINDER Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts, Berlin 1972 p 15.

proporcionan pautas para cubrir lagunas o proponer reformas legislativas y, sobre todo, para determinar con nitidez los contornos de aplicación de unas y otras normas. Un ejemplo significativo de la utilidad de una clarificación en este ámbito nos lo muestra el mayor problema aún no resuelto definitivamente en el Derecho de las condiciones generales, que, a nuestro juicio, es el de los límites del control, es decir, cuándo debe aplicarse el control del contenido y cuando se trata de contenidos contractuales que deben quedar al "control del mercado" y por lo tanto fuera del poder de modificación del contrato por los jueces³. Tal límite no puede definirse sin preguntarnos por el fundamento de la validez de las condiciones generales y el funcionamiento de la autonomía privada en la actualidad.

2. Un planteamiento correcto de esta materia exige partir de las conclusiones a las que hemos llegado en el análisis introductorio. Estas pueden resumirse en las dos siguientes. La primera nos dice que desde el punto de vista económico, las condiciones generales de los contratos se justifican porque constituyen un instrumento imprescindible de racionalización de la actividad empresarial. Tal efecto racionalizador se obtiene mediante la estandarización de la regulación contractual que es consustancial al empleo de condiciones generales y, por lo tanto, resulta absolutamente independiente del contenido concreto de que se doten. La segunda conclusión es que, también desde el punto de vista económico, el control del contenido de las condiciones generales se justifica por la necesidad de impedir los efectos perjudiciales que,

³ Vid. la discusión sobre el § 8 AGB-G últimamente en H.HEINRICHS/W.LÖWE/P.ULMER Zehn Jahre AGB-Gesetz Colonia 1987. donde cuatro de los diez trabajos que recoge el libro versan sobre el ámbito de aplicación del control del contenido que instaura la ley.

para un funcionamiento eficiente del mercado, tiene la utilización de condiciones generales abusivas.

A poco que se examine el régimen jurídico al que están sometidas las condiciones generales, se comprobará que está diseñado a fin de conciliar el logro de estos dos objetivos, hasta cierto punto antagónicos: en atención a la función racionalizadora, el ordenamiento reconoce la validez o, si se prefiere, el carácter vinculante de las condiciones generales (art. 10.1 c) LCU a contrario). No obstante y, en atención a la necesidad de corregir los efectos perjudiciales del desplamamiento del riesgo que naturalmente llevan anexos, el ordenamiento declara la invalidez de aquellas condiciones generales cuyo contenido sea desequilibrado o abusivo (art. 10.1 c) LCU).

Por lo tanto, la pregunta fundamental, tal y como hoy se debe formular, no es por qué las condiciones generales resultan vinculantes para el adherente, sino por qué las condiciones generales conformes a la buena fe o con un contenido equilibrado son vinculantes para el adherente, puesto que las condiciones generales abusivas o, en general, con un contenido desequilibrado carecen absolutamente de validez. En este planteamiento está la clave para acceder a una correcta comprensión de la naturaleza de las condiciones generales. El error de las aproximaciones tradicionales reside, precisamente, en haber fundado la validez de las condiciones generales en elementos (en el acto de predisposición o en el acto de adhesión) distintos de los que ha considerado

relevantes el legislador, cuya atención, como se deduce de lo expuesto, se ha centrado en el contenido de las condiciones generales.

3. Tradicionalmente, en efecto, la validez de las condiciones generales ha tratado de fundarse o de justificarse por dos vías alternativas: las condiciones generales "valen" - y por consiguiente, vinculan- o bien, porque son normas (usos, poder delegado...) o bien, porque son aceptadas por el adherente, es decir, porque son cláusulas contractuales. Como es obvio, las teorías normativas ponen el acento en el acto de predisposición (como acto de establecimiento de la norma) mientras que las teorías contractualistas subrayan el acto de adhesión (como acto de consentimiento que perfecciona el contrato). Ninguna de ellas, por tanto, plantea el problema de la validez desde el punto de vista del contenido de las condiciones generales que, a nuestro juicio, según trataremos de demostrar a lo largo de la exposición, es el definitivo.

4. En este primer capítulo del estudio nos proponemos repasar con cierto detalle y revisar críticamente los momentos más significativos de esta discusión. En primer lugar examinaremos las doctrinas normativistas; a continuación serán objeto de análisis las tesis contractualistas; y finalmente, trataremos de explorar justificaciones alternativas, partiendo de las premisas anteriormente expuestas.

§ 5. DOCTRINAS NORMATIVISTAS

I. Doctrinas normativistas tradicionales.

Las posturas normativistas apenas han logrado afianzarse en el panorama doctrinal tradicional.

Las teorías normativas adquirieron alguna relevancia en dos momentos históricos: en el marco de las tesis institucionalistas francesas de principios de siglo y en la Alemania de los años treinta en el ambiente nacional-socialista. El menosprecio que el sistema político nacionalsocialista experimentaba a todo lo que significara individualismo, así como la concepción de la empresa como portadora de intereses generales y sometida a un ferreo control por parte del Estado que está en la base de los sistemas fascistas, explican en buena medida estas concepciones⁴. Un breve examen de las mismas puede resultar de interés dado que las que podemos llamar teorías normativistas modernas han tenido que recurrir a principios parecidos para tratar de justificar el valor normativo de las condiciones generales. Estas teorías tradicionales son básicamente tres:

1. La teoría de la adhesión francesa. Surge a principios de siglo y se apoya en la teoría institucionalista de Hauriou. Su formulación corresponde a Saleilles en su famoso comentario al Código Civil

⁴ Y explican, en parte, el régimen jurídico de las condiciones generales en el Derecho italiano, recogido en los arts. 1341 y 1342 del Codice Civile de 1942, texto neocorporativista, donde la doctrina contractualista tenía grandes dificultades para justificar una calificación de las condiciones generales como meras cláusulas contractuales, dado que dicho texto legal no exige ni siquiera la adhesión para considerarlas vinculantes, bastando con que el cliente las hubiera conocido o hubiera podido conocerlas. Expresivas son, en este sentido las siguientes palabras de GENOVESE (Le condizioni generali di contratto Padua 1954 pp 158-59): "la ley parece ignorar la doble actuación del adherente cuando le vincula a las condiciones generales conocidas o cognoscibles como si tales requisitos hubieran de considerarse suficientes, y como si el segundo momento, el volitivo (la adhesión) fuera superfluo o irrelevante".

añemán⁶. Para Saleilles, los "contrats d'adhesion" no son mas que "pretendidos contratos", de éstos no tienen sino el nombre, porque hay predominio exclusivo de una voluntad sobre la otra⁶. La justificación del carácter vinculante de estos contratos hay que buscarlo, entonces en la protección que merecen las empresas como instituciones que desempeñan un "servicio privado de utilidad pública"⁷, servicio para el cual necesitan de la utilización de condiciones generales. Esta doctrina no fue seguida, sin embargo, ni siquiera por la doctrina francesa⁸, y su dependencia de una concepción superada de la empresa la hacen difícilmente admisible. Como veremos posteriormente, al examinar la posición de Meyer-Cording, ni siquiera desde posturas institucionalistas cabe justificar la atribución de un poder "reglamentario" a las empresas privadas.

2. La doctrina del Derecho autónomo de la actividad empresarial según la conocida fórmula de Grossmann-Doerth⁹ considera las condiciones generales como auténtico Derecho situado junto al Derecho estatal¹⁰. A diferencia de éste, sin embargo, requiere del acuerdo de las partes para su validez, lo que haría dudar de que nos encontremos realmente ante una doctrina auténticamente normativa. Grossmann-Doerth, no obstante, considera que la legitimidad de las condiciones generales no proviene de dicho acuerdo, sino de las fuerzas sociales que se encuentran tras el mismo¹¹: la libertad contractual no puede justificar la validez de las condiciones generales¹². Las consecuencias a las que

⁶ SALEILLES De la déclaration de la volonté Paris 1901 pp 229ss.

⁶ SALEILLES ibidem.

⁷ Así DEMOGUE Traité des obligations Tomo II (1923) pp 307ss apud RAISER Das Recht der AGB p 149.

⁸ Vid por todos DEREUX "La nature juridique des contrats d'adhesion" Revue Trimestrelle de Droit Civil (1910) pp 503 ss. Los datos respecto a la doctrina francesa posterior en RAISER Das Recht p 150.

⁹ H. GROSSMANN-DOERTH Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht Friburgo, 1933.

¹⁰ GROSSMANN-DOERTH ibidem pp 4-5.

¹¹ GROSSMANN-DOERTH ibidem p 6: "las condiciones generales ostentan la misma posición que el derecho estatal: no son configuradas por las partes del contrato singular, al revés, la mayor parte de las veces son independientes de ellas... al igual que el Derecho estatal, constituyen un poder que determina la relación contractual desde fuera de la misma".

¹² GROSSMANN-DOERTH ibidem p 12.

llega esta teoría son similares a las que llegan los autores contractualistas: es necesario controlar las condiciones generales desde los principios orientadores del Derecho estatal¹³. Su valor persuasivo es, no obstante, muy limitado, porque no justifica en ningún momento la legitimidad de tal "fuente del Derecho", sino desde postulados de "justicia" poco racionalizables. De Castro ha criticado suficientemente estas posiciones, afirmando no sólo que objetivamente no puede afirmarse que se haya reconocido un poder normativo a los empresarios, sino también la incompatibilidad del Estado de Derecho con tal atribución¹⁴.

3. Las condiciones generales como usos. Esta es la única doctrina normativista que ha tenido cierto apoyo en la doctrina de nuestro país. Así, tal fue la posición de Garrigues y Langle¹⁵. Veremos posteriormente que hoy, la cuestión de si las condiciones generales son usos se plantea de manera diferente. Esta concepción tradicional afirmaba que el contenido de las condiciones generales de los contratos eran usos y que, en esta medida, su validez quedaba justificada normativamente (arts. 1.3 CC y 2 C de C). De Castro rechaza tanto la posibilidad de afirmar, con carácter general que las condiciones generales constituyan usos, como que las cláusulas de exención de responsabilidad que constituyen el contenido típico de las condiciones generales puedan tener valor normativo¹⁶. La posición de Garrigues se matiza en sus Contratos bancarios, donde no parece inaceptable, puesto que pone el acento en el contenido. Afirma simplemente que, cuando condiciones generales determinadas hayan alcanzado un grado suficiente de difusión y objetividad, cabría asimilarlas al uso¹⁷. Pero esta no es una respuesta que resuelva el problema de la validez de las condiciones generales, sino, como veremos, sólo el de la validez de determinadas

¹³ GROSSMAN-DOERTH ibidem pp 25ss.

¹⁴ DE CASTRO ADC (1961) pp 302-306.

¹⁵ J. GARRIGUES Curso de Derecho Mercantil⁵ Madrid, 1969 pp 110-112 (hay ediciones posteriores); E. LANGLE Manual de Derecho Mercantil español Tomo I Barcelona 1950 p 255.

¹⁶ DE CASTRO ADC (1961) pp 306-317.

¹⁷ J. GARRIGUES Contratos bancarios² Madrid (1975) p 21. Nos queda la duda de si Garrigues, al hablar de "objetividad" se refiere a que el contenido sea equilibrado o, simplemente a que se haya desprendido de la voluntad de las partes. En el segundo caso, tampoco Garrigues pondría el acento en el contenido, sino meramente en la difusión. En todo caso, su posición parece mucho más "normativista" en el Curso donde está mucho más cerca de Langle.

condiciones generales. No es necesario discutir aquí si se dan los presupuestos para que podamos hablar de la existencia de un uso porque, dado el planteamiento citado, ello dependerá del contenido concreto de cada condición general. Por lo demás, Garrigues es un contractualista clásico^{1*}.

II. Teorías normativistas modernas. Planteamiento.

1. Rechazadas por la doctrina y jurisprudencia en sus construcciones más tradicionales, las teorías normativas, han estado abandonadas durante decenios, y sólo en los últimos años, han recuperado un cierto protagonismo favorecidas, sin duda alguna, por la puesta en cuestión de la concepción monista o estatista de las fuentes del Derecho y el reconocimiento de poderes normativos a instancias sociales ajenas al Estado^{1*}. Tal

^{1*} Vid. J. GARRIGUES Contratos bancarios p 22 para las que él denomina "condiciones generales de los contratos" (por oposición a condiciones generales de la contratación -sobre esta oposición vid. infra § 9 VIII): "estas otras, en cambio, no se elevan del plano contractual, supuesto que el impreso en que se contienen se someten al conocimiento y aprobación del cliente en cada operación que éste concierta con el Banco".

^{1*} Vid sólo un ej. del renacimiento de las teorías normativas en MERTENS Leges praeter legem AG vol. 27 (1982) pp 29-41; y sobre todo en la reciente publicación del libro de PFLUG Kontrakt und Status im Recht der AGB Munich 1985. Junto a estas teorías abiertamente normativistas, numerosos autores reconocen que las condiciones generales funcionan, "sociológicamente", como auténticas normas jurídicas, aunque nieguen su carácter normativo en sentido estricto. Vid REHBINDER Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts Berlín 1972 passim. J.G. HELM "Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag" JuS 5 (1965) pp 121-129 y "Grundlagen einer normativen theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen" en Festschr. L. Schnorr von Carolsfeld Colonia-Berlín-Bonn-Munich 1972 pp 125-146. quien entiende que las condiciones generales son normas en un sentido funcional. Estos últimos planteamientos no precisan de discusión alguna, dado que plantean el problema no desde la dogmática,

afirmación plantea muy graves problemas cuya discusión no ha sido históricamente lo importante que debiera haber sido, por el "aplastamiento" que la teoría contractualista logró de cualquier postura normativista. Al legitimar, tanto los tribunales como la doctrina, la validez de las condiciones en el consentimiento contractual, la discusión quedó cerrada y no fueron necesarias mayores disquisiciones.

Afirmar el carácter normativo de las condiciones generales significa, además, dar por bueno un dogma también compartido por las teorías contractualistas: que las condiciones generales vinculan al adherente. Prácticamente a ningún autor se le ha ocurrido nunca poner en duda tal aserto, y las razones no se nos escapan. Todas las exposiciones del Derecho de las condiciones generales comienzan justificando su existencia -es decir, justificando que los tribunales las consideren vinculantes para los adherentes- porque la misma satisface necesidades legítimas de las empresas de racionalizar su actividad contractual, necesidades a las que aquí nos hemos referido ya al hablar de la función económica de las condiciones generales.

2. La mayoría de los autores contractualistas hubieran aceptado de buen grado las teorías normativas^{2º}

sino desde la sociología del Derecho, por lo que no pueden extraerse consecuencias respecto al régimen jurídico.

^{2º} Por su mayor veracidad "sociológica".

de no ser por un problema fundamental: la inconstitucionalidad de atribuir un poder normativo a las empresas. A salvo de aquellos que no sólo no lo consideran posible, sino ni siquiera deseable, los autores contractualistas pensaban probablemente que en el marco de un sistema jurídico donde el monopolio de la creación de normas reside en el Estado²¹, resulta de muy difícil encaje un poder normativo atribuido a particulares. Al análisis de las teorías normativas más modernas dedicaremos las próximas páginas, adelantando ya que, en nuestra opinión, las objeciones constitucionales para admitir tal poder normativo son insalvables a falta de una reelaboración de la teoría de las fuentes del Derecho que dé cuenta adecuadamente del papel de los "órganos sociales intermedios" en la producción normativa.

3. Los autores normativistas modernos, en efecto, han recurrido a la concepción pluralista de producción del Derecho reconociendo poder normativo a los "poderes intermedios" de la sociedad para explicar la validez de las condiciones generales²². Para ello es necesario acudir a la teoría de la Institución, afirmando el poder

²¹ En realidad, y como ya explicara Raiser, el monopolio estatal lo es no de la creación sino del reconocimiento de valor normativo, como la existencia de la costumbre como fuente del Derecho demuestra (Vid. detalladamente, RAISER Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen Bad Homburg 1935, reimpr. 1961 pp 73-74).

²² Vid. una exposición detallada de las teorías normativas en PFLUG Kontrakt pp 211-245.

normativo de las instituciones, o -manteniéndonos dentro de las tradicionales fuentes del Derecho-, habría que afirmar bien, que los predisponentes disfrutaran de tal poder de creación de normas en virtud de una norma consuetudinaria, bien que disfrutaran de un poder delegado por el legislador.

III. Teoría de la institución

1. Meyer-Cording es, probablemente, el autor que trató de formular de manera más completa una teoría institucionalista del poder normativo de los particulares. En su monografía sobre las Rechtsnormen²³, reconoce poder normativo a las Instituciones -entendidas en el sentido de la doctrina francesa- y califica a tales normas como "normas de elección" (Wahlnormen) en el sentido de que el sujeto decide libremente entrar en una institución y al hacerlo se le aplica todo un conjunto normativo al que no ha prestado su consentimiento. Las instituciones a las que se refiere este autor son fundamentalmente las estructuras corporativas (asociaciones, sociedades...) y los "establecimientos" entendiendo por tales, organismos de carácter público, que prestan servicios. Los sujetos sometidos son, en un caso los "miembros" (o los que quieren serlo) de la corporación y en el otro "los

²³ Las referencias a la teoría de este autor las hemos tomado de las páginas 214 a 233 de PFLUG Kontrakt donde se hace un análisis detallado y cuidadoso de la obra citada.

usuarios" del establecimiento. El fundamento de la validez de las normas emanadas de las instituciones, lo encuentra el autor en el Gemeingeist, entendido éste como "las ideas dominantes en el pueblo sobre el bienestar social, la moral, el Derecho y la justicia"²⁴. Este es el que determina qué instituciones tienen competencia normativa y cuales no.

2. La tesis institucionalista ha sido criticada suficientemente y no ha recibido prácticamente apoyo alguno en la doctrina. La crítica se basa en dos aspectos. En lo que hace al criterio para determinar qué instituciones tienen competencia normativa, el propuesto por Meyer-Cording es "irracional" y no permite su aplicación de acuerdo con el ordenamiento²⁵. El criterio debe determinarse de acuerdo con la Constitución y la legislación²⁶.

En lo que hace a su aplicabilidad a las condiciones generales, no es correcto afirmar que cuando un particular "entra" en una institución elige el conjunto normativo que quiere que le sea aplicado. Al entrar en una institución, igual que cuando celebra un contrato con condiciones generales, el sujeto, lo único que elige son los elementos esenciales del contrato,

²⁴ MEYER-CORDING Rechtsnormen p 6. apud PFLUG Kontrakt p 215-16.

²⁵ Vid PFLUG Kontrakt pp 231ss.

²⁶ PFLUG ibidem p 215.

pero no el conjunto normativo²⁷.

En segundo lugar, Meyer-Cording no distingue correctamente entre instituciones-corporaciones e instituciones-establecimientos. En las primeras (asociaciones etc) la institución impone sus reglas a sus propios miembros, y tal imposición se legitima porque el funcionamiento de tales instituciones es democrático, porque los miembros de la corporación persiguen un interés común duradero y porque la vida de la corporación exige para su viabilidad el que se sustituya el consentimiento por la participación en la formación de la voluntad de la institución²⁸. De otro modo, el mantenimiento de instituciones sociales de gran valor para la realización de la democracia y para permitir la participación efectiva de los ciudadanos en la vida social sería imposible. Sin embargo, respecto a los establecimientos, es decir, instituciones que carecen de miembros, no puede buscarse el mismo criterio de legitimación, porque imponen condiciones a los de fuera. En dichas instituciones no hay "miembros", sino

²⁷ Vid. PFLUG ibidem pp 225-26. Esta idea ha sido recogida por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 218/1988 de 22 de noviembre (BOE 22-12-88): "La asociación tiene como fundamento la libre voluntad de los socios de unirse y de permanecer unidos para cumplir los fines sociales y quienes ingresan en ella se entiende que conocen y aceptan en bloque las normas estatutarias a las que quedan sometidos". Como se deduce del texto, la opinión del TC no puede acogerse entendida en toda su extensión. La justificación iusprivatista de tal "elección" podría buscarse en la atribución, a la asociación en este caso, de un derecho de configuración denominado "Regelungsrecht" o derecho a regular la relación Vid MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Heidelberg 1985 (2ª ed) p 40.

²⁸ PFLUG Kontrakt p 229-230.

"usuarios" o, en general, clientes.

3. Que las instituciones-corporaciones tienen poder normativo en nuestro Derecho es algo que, aunque discutible, creemos puede afirmarse, con argumentos constitucionales, como lo demuestran el ideario de centros docentes y los estatutos de las asociaciones.

a) En el caso de las organizaciones corporativas, el reconocimiento de un poder normativo a éstas se legitima, por un lado en que son instrumentos del pluralismo social que permiten una realización efectiva de la democracia y de la participación de los ciudadanos en los asuntos sociales y por otro en que son instituciones sociales de gran valor que necesitan dicho poder de autoorganización como exigencia de viabilidad de estas organizaciones, puesto que si ésta regla se aplicase, no podrían funcionar. En efecto, cuando un sujeto decide integrarse en una asociación y examina las alternativas existentes en el mercado, opta por una de ellas en función de los caracteres generales de la misma. Es decir, elige -verbigracia- formar parte de una asociación ecologista de izquierdas o de una asociación antiabortista. Del mismo modo, y como tendremos ocasión de ver en detalle, el padre que envía a su hijo a un colegio determinado, selecciona en el "mercado" aquél que se corresponde con su concepción vital y opta por un colegio católico, liberal o autogestionado. Con estas opciones, los individuos contribuyen al pluralismo y a la democratización de la vida social, en cuanto determinan qué asociaciones o qué tipo de colegios deben existir, o al menos cuáles deben ser importantes socialmente. El mercado, sin embargo, y por las mismas razones que en el caso de las condiciones generales, no "controla" ni el contenido de los estatutos de las asociaciones ni el contenido del ideario en todos sus detalles.

b) El primero de los ejemplos que examinaremos brevemente es el de los estatutos de las asociaciones. El derecho de asociación incluye, como parte de su contenido esencial la posibilidad para las asociaciones de autorregularse, lo que ha sido afirmado expresamente por nuestro TC²⁹. El TC incluso, parece apuntarse a la teoría institucionalista en lo que hace a las asociaciones, según se desprende de la STC 219/88 de 22.11 (Recurso de amparo) donde puede leerse: "El acto

²⁹ "La potestad de organización que comprende el derecho de asociación se extiende con toda evidencia a regular en los Estatutos... (los motivos de expulsión de los socios)" (STC 218/88 de 22 noviembre BOE 22.12. Vid. al respecto el comentario de J.J. MARIN LOPEZ en trámite de publicación en PJ) en otro pasaje se refiere nuestro TC al "derecho de autoorganización" de la asociación.

de integración en una asociación no es un contrato en sentido estricto al que pueda aplicarse el art. 1.256 del cc", lo que no significa otra cosa que la asociación puede imponer reglas a sus miembros siempre que se mantenga dentro de los límites de la Constitución y de las leyes³⁰.

c) También se ha reconocido un "poder normativo" similar en el caso de los idearios de centros docentes. En el marco del art. 27 de la Constitución, se reconoce a las personas físicas y jurídicas el derecho a crear centros docentes (art. 27.6) y en el mismo-interpretado de acuerdo con los convenios internacionales- se considera ínsito el derecho a tener un ideario como una manifestación de tal derecho (art. 22 Ley Orgánica del Derecho a la educación)³¹. El ideario de un centro es "un sistema coherente de ideas o principios generales destinados a engendrar y desarrollar un proyecto de enseñanza"³². Es decir, un conjunto de reglas que no se limita a definir la orientación religiosa o ideológica del centro, sino que puede regular muchos aspectos de la vida escolar³³.

El ideario, en lo que aquí interesa, es establecido unilateralmente por el titular del centro y al mismo se "adhieren" los padres que envían a ese colegio a sus hijos. En la medida en que los padres pueden elegir entre centros de diversa orientación ideológica y religiosa al hacerlo, los padres seleccionan entre las

³⁰ El TC admite la posibilidad de un control judicial sobre los actos de las asociaciones, pero no delimita con precisión el contenido del mismo (Vid. Fund. jur. 1 in fine y J.J. MARIN LOPEZ PJ -en prensa-). No corresponde a este trabajo concretar tales límites.

³¹ "En el marco de la Constitución y con respeto de los derechos garantizados en el título preliminar de esta ley a profesores, padres y alumnos, los titulares de los centros privados tendrán derecho a establecer el carácter propio de los mismos". Sobre la irrelevancia del cambio de nomenclatura respecto a la derogada LOECE que hablaba expresamente de ideario vid. STC 77/1985 de 27 de junio (BOE 17 de julio) Fund. jur. nº 8.

³² ORTIZ DIAZ apud A. FERNANDEZ-MIRANDA De la libertad de enseñanza al derecho a la educación Madrid 1988 p 79. Vid también J. OTADUY GUERIN La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados Pamplona 1985 pp 56-57.

³³ Sobre la posibilidad de que el ideario contenga aspectos no "ideológicos" vid. STC 77/85 Fund. jur. nº 7. y STC 5/1981 de 13 de febrero (BOE 24.2.1981) Fund. jur. nº 8. contra OTADUY Extinción p 56. quien afirma que el ideario tiene exclusivamente contenido ideológico. Sin embargo en la pg. 71 reproduce el fund. jur. citado y se muestra de acuerdo con él.

"ofertas" existentes en el "mercado" y contribuyen con su decisión a determinar qué tipo de centros existirán y cuales (por falta de demanda) tenderán a desaparecer³⁴. Sin embargo, y por razones similares a las expuestas para las condiciones generales, los padres toman su decisión de enviar a sus hijos a uno u otro colegio en función de la orientación general del centro, y no del contenido concreto del ideario³⁵, y ello aunque el TC ha señalado que el derecho del titular del centro no es meramente instrumental del derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos³⁶.

De la exposición anterior puede deducirse que la validez de los idearios, no se basa en el consentimiento de los padres a cada una de sus "reglas" sino en el derecho del que lo dicta a hacerlo. Ello no repugna al ordenamiento porque existe consentimiento de los padres respecto a la orientación general del mismo en cuanto que tienen la posibilidad de elegir entre distintas orientaciones, como lo prueba el hecho de que en los centros públicos no sea posible establecer un ideario

³⁴ Como dice Fernández-Miranda (Libertad de enseñanza p 88: "Parece evidente... que la propia posibilidad de ejercitar el derecho primario de los padres a elegir el tipo educativo descansa sobre la existencia de ofertas coherentes y estables que puedan suscitar adhesiones precisas y claras en la sociedad".

³⁵ No estaríamos por ello completamente de acuerdo con la afirmación de Herrero y R. de Miñón recogida por Otaduy Extinción (p 76) en el sentido de que "el ideario no puede ser jamás impuesto, sino tan sólo ofrecido a quienes, mediante su aceptación, vayan a integrarse en la comunidad escolar".

³⁶ Vid. STC 5/81 Fund. jur nº 8, que afirma que entre el derecho al ideario y el derecho de los padres al que ahora nos referimos hay sólo "interacción". contra aparentemente, en cuanto parece fundar la legitimidad del ideario en el derecho de los padres a elegir la educación que deseen para sus hijos OTADUY Extinción p 67: "un ideario debe... proteger no tanto el derecho del titular cuanto el derecho-deber de los padres de educar a sus hijos". Vid. sin embargo pp 70-71 donde se reconoce la autonomía del derecho a establecer un ideario.

La razón "económica" de esta autonomía es clara. El ámbito de la educación no se rige exclusivamente por el mercado. Instituciones o grupos sociales pueden mantener la "oferta" de centros de un determinado signo aún cuando la demanda de tales sea muy reducida, porque no tienen necesariamente por qué regirse por principios de eficiencia económica. En esta medida, la pluralidad de centros docentes no sólo sirve a los deseos de pluralismo de los padres sino también al pluralismo y la libertad en la transmisión de concepciones del mundo.

semejante. El control del contenido del ideario, o si se prefiere los "límites" del ideario, tratan de garantizar precisamente que todas aquellas reglas del mismo "no esenciales" y respecto de las cuales los padres no han seleccionado entre las distintas ofrecidas en el mercado, no establezcan una regulación incompatible con los principios del ordenamiento.

Merece la pena destacar las diferencias entre la predisposición de condiciones generales y el ideario, en lo que hace a la admisibilidad de la atribución de un poder normativo a los particulares en uno y otro caso. En primer lugar, el derecho a dictar un ideario posee una legitimación constitucional muy superior a la que tienen las condiciones generales. En segundo lugar, el "contrato de enseñanza" supone que el individuo (alumno) se integra en una organización, por lo que el titular de la misma tiene derecho a establecer las reglas de organización de la misma, diríamos que hay bastante de un "arrendamiento de servicios" y, por lo tanto, puede objetarse desde argumentos parecidos a los del reglamento de régimen interior de una empresa. En tercer lugar, los padres y los alumnos, en su caso, tienen derecho -constitucionalmente protegido- a participar en la gestión del centro, con lo que encontramos nuevamente el elemento democrático. Sin embargo, en lo que hace al ideario, éste es obra exclusiva del titular del centro, y la participación de padres y alumnos en la gestión del centro no se extiende en ningún caso a la modificación del ideario, lo que constituye una diferencia notable con el caso de los estatutos de las asociaciones³⁷.

4. Sin embargo, existen diferencias cualitativas entre los supuestos de instituciones-corporaciones y los de condiciones generales, que pueden resumirse

³⁷ GIRON (Derecho de sociedades Madrid 1976 p 136 nota 25) reconoce la existencia de otros supuestos en el Derecho positivo -además de los estatutos- "en los cuales, de los contratos, surge un marco reglamentario" y afirma que la nota de subordinación propia de estos casos es debida a la naturaleza de los contratos de colaboración (sociedad etc) en los que es necesaria una organización, de la cual, precisamente, deriva la existencia de relaciones jerárquicas. Probablemente de la misma forma -y como exigencia derivada del Derecho a la libre iniciativa económica- el empleador puede dictar reglamentos de régimen interior organizando a su libre albedrío el funcionamiento de la empresa. Sobre la justificación de este Derecho de regulación como un derecho de configuración Vid MEDICUS Allgemeiner Teil des BGR² Heidelberg, 1985 p 40.

brevemente: legitimación democrática mediante la participación; afectación sólo a los miembros y no a los "usuarios"; ejercicio legítimo de un derecho fundamental; utilidad de la institución para fomentar la participación y el pluralismo sociales³⁸. Ninguna de estas justificaciones aparece en el caso de las condiciones generales: ni puede compararse a estas asociaciones y agrupaciones con las empresas en lo que hace a la necesidad de su existencia para el mantenimiento de una sociedad libre; ni puede tampoco compararse la trascendencia que para el mantenimiento de estas organizaciones tiene el reconocimiento estatal de un derecho a autoorganizarse con la trascendencia que para la supervivencia de las empresas tiene el mantenimiento de la validez de las condiciones generales³⁹. Como trataremos de demostrar, las empresas pueden sobrevivir perfectamente sin necesidad de reconocerles un poder normativo como el que pretenden los autores normativistas.

IV. ¿Potestad normativa de los empresarios?

1. Una vez descartadas la tesis de la institución, y ateniéndonos al sistema de fuentes del Derecho, la

³⁸ PFLUG Kontrakt pp 229-230; T. RAKOFF "Contracts of adhesion. An Essay in reconstruction" 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1240: Las asociaciones proporcionan "un forum para llevar a cabo acciones conjuntas en un ambiente relativamente incoercitivo". .

³⁹ T. RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) pp 1238-1241.

única posibilidad de justificar el carácter normativo de las condiciones generales pasa por admitir la existencia de una potestad normativa a favor de los empresarios bien sobre la base del Derecho consuetudinario, bien sobre la base de considerar que existe una potestad delegada por el legislador a través de las leyes de condiciones generales.

2. Debe aclararse desde el principio que, al afirmar que el fundamento de la validez de las condiciones generales se encuentra en el Derecho consuetudinario, no se trata de resucitar las teorías representadas en nuestro país por Garrigues en el sentido de que el contenido de las condiciones generales concretas sean usos, sino que de lo que se trata, es de averiguar si existe una norma de derecho consuetudinario cuyo tenor fuera: las condiciones generales vinculan⁴⁸. Pflug, tras un repaso por la concepción actual del Derecho consuetudinario, que en lo que aquí interesa, recuerda que corresponde a los tribunales determinar ("sancionar") que normas de comportamiento merecen la calificación de costumbre (art. 1.3 CC), llega a la conclusión de que aunque efectivamente, se dan todos los requisitos para que podamos hablar de que existe una norma de Derecho consuetudinario que reza "las condiciones generales valen", dicha norma es, sin embargo, inconstitucional. La razón se basa en la distribución de competencias entre el poder legislativo

⁴⁸ PFLUG Kontrakt pp 248ss esp. p 250 y pp 263ss.

y el judicial. Aunque hoy se admite generalizadamente que los jueces pueden llegar a crear Derecho desarrollando el Derecho dispositivo, en todo caso, es insostenible que los jueces puedan crear conjuntos de normas completos. El principio del Estado de Derecho y de legalidad, "excluyen la posibilidad de fundar una competencia para dictar normas generales sin la intervención del parlamento"⁴¹, y una norma

⁴¹ PFLUG ibidem p 284. A nuestro juicio, Pflug tiene razón en lo que se refiere a que existía como tal -antes de las leyes de condiciones generales- una regla no escrita que afirmaba la validez de las condiciones generales. También tiene razón en que esa norma la habían "legitimado" los jueces y la doctrina si bien sobre una base equivocada: la de creer que con ello no hacían mas que aplicar el principio de libertad contractual. Por último, la objeción constitucional nos parece asimismo acertada. Rechazada esta posibilidad, Pflug llega a la conclusión de que la legitimación de las condiciones generales "está en el aire" (Citando a KRAMER, PFLUG Kontrakt p 288). Estaríamos ante normas toleradas por el estado en el sentido de MERTENS ("Leges praeter legem" AG 27(1982) pp 29-41; p 39) pero que carecen de la legitimidad originada en general para las reglas vinculantes, bien por el negocio jurídico, bien por normas estatales superiores. Las condiciones generales deben enmarcarse, por lo tanto, en el ámbito de las normas creadas por los "poderes intermedios" de la sociedad como consecuencia de la inactividad e incapacidad del Estado para atender a todas las necesidades normativas de la sociedad, y por tanto suponen una inmiscusión de colectivos sociales en ámbitos genuinamente estatales (PFLUG Kontrakt pp 269 y 288) En relación con la ley de condiciones generales alemana, afirma correctamente Pflug, la misma no ha tratado de hacer renacer la libertad contractual individual, sino proteger al más débil, para el cual, la libertad contractual en el caso de las condiciones generales no es mas que un "esquema vacío": "al consumidor no le ayuda la libertad contractual sino iuxta strictum" (PFLUG ibidem pp 276-277). A nuestro juicio, las conclusiones de Pflug son un tanto aceleradas. En primer lugar, este autor no se plantea siquiera el que la situación haya cambiado por la intervención activa (y no de mera tolerancia) del legislador en el ámbito de las condiciones generales. Antes de llegar a las conclusiones citadas, debería probar que la validez de la "competencia normativa de los predisponentes" tampoco puede fundarse en la ley. Porque hoy -sobre todo en

consuetudinaria de tal tenor supondría efectivamente que los tribunales estarían asumiendo competencias atribuidas en exclusiva por la Constitución al poder legislativo (arts. 66.2 y 117.1 CE).

2. Por lo tanto, el siguiente paso consiste, a nuestro juicio, en comprobar si es o no constitucionalmente admisible que el legislador delegue poder normativo para dictar normas generales a sujetos particulares. Esto supone admitir que el legislador de

Alemania- no es necesario en absoluto, recurrir al Derecho no escrito para justificar la validez de las condiciones generales, cuando desde 1977 existe una ley que regula con carácter general el fenómeno de las condiciones generales. Por tanto, la pregunta no es ya si es admisible constitucionalmente que los jueces legitimen a los particulares para dictar normas, sino si puede hacerlo el legislador.

En la misma línea, el análisis de Pflug resulta, también, decepcionante porque al examinar la ley alemana, no concede suficiente relevancia a los cambios introducidos por la misma en el sistema jurídico, en cuanto considera que el Estado no ha impedido con la legislación de condiciones generales, de forma esencial el ejercicio de este derecho a "producir normas" (PFLUG ibidem p 288) No puede decirse que la legislación actual sobre condiciones generales limite la validez de las condiciones generales de forma "marginal", porque ello no responde a la realidad. Las leyes de condiciones generales imponen que el contenido de las mismas sea homogéneo con el derecho dispositivo y con los principios que lo conforman. A nuestro juicio, en la escasa relevancia que Pflug atribuye a la AGB-G reside lo más insatisfactorio de su análisis. Como el balance de 10 años de aplicación demuestra, el cambio que ha provocado la misma en el ordenamiento jurídico alemán ha sido sustancial (Sobre la trascendencia de la ley alemana, vid. sólo P. SCHLOSSER "10 Jahre AGB-G" Juristische Rundschau (1988) p 1: "Desde la entrada en vigor del Código Civil, no ha habido ninguna ley que haya influido tanto en nuestra concepción del Derecho privado patrimonial como la AGB-Gesetz") y no puede pensarse, como hace Pflug como si aún hoy valieran las "condiciones abusivas" porque ello sí que supone realizar "una antigua dogmática para una nueva ley" (Así se denomina el capítulo I de la monografía de Pflug (Kontrakt pp 1ss). Una crítica, en cierto sentido similar, aunque desde postulados contractualistas inaceptables, le hace KRAMER (188 ACP (1988) p 426).

la LCU al reconocer la validez de las condiciones generales, y dado que ésta no se justifica, según veremos, desde la autonomía privada, está legitimando a los predisponentes para que dicten normas.

Creemos que, aún cuando admitiéramos que tal es el sentido de la LCU, dicha delegación sería inadmisiblemente constitucionalmente. La competencia para dictar normas no es delegable sino en supuestos muy específicos. Para comprobarlo, basta con examinar las precauciones con que se admite la posibilidad de la legislación delegada en nuestra Constitución (art. 82 CE) y -como un supuesto concreto- la inconstitucionalidad de la llamada **remisión dinámica**.

Quando el legislador se remite a "reglas" dictadas por particulares (por ej. las normas "DIN" o "UNE") puede hacerlo a una redacción concreta de las mismas ("en su versión 198...") -remisión estática- o a "la versión vigente en cada momento": remisión dinámica. Pues bien, toda la doctrina está de acuerdo en que este segundo tipo de remisión es inconstitucional⁴². Admitir la existencia de una delegación legislativa a favor de los predisponentes, supone alterar la teoría de las fuentes del Derecho en una forma no prevista constitucionalmente. Llegados a esta conclusión, ni siquiera es necesario discutir acerca de si realmente puede verse una delegación semejante en la LCU. Las dudas de que tal sea el sentido de la LCU vendrían dadas por el hecho de que se trate de una ley que no se aplica a todo tipo de condiciones generales sino sólo a aquellas que se utilizan frente a consumidores finales.

§ 6. ¿LA LIBERTAD CONTRACTUAL COMO FUNDAMENTO DE LA VALIDEZ DE LAS CONDICIONES GENERALES?: LAS POSICIONES CONTRACTUALISTAS RESPECTO A LA VALIDEZ Y EL CONTROL DEL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES.

⁴² La información al respecto la hemos obtenido del trabajo del prof. PAZ-ARES sobre la remisión como técnica legislativa todavía inédito.

I. El planteamiento de la doctrina contractualista tradicional.

1. La inmensa mayoría de la doctrina tanto en nuestro país como en el resto de Europa niega consecuentemente la posibilidad de reconocer a los empresarios un poder normativo en sentido estricto y considera las condiciones generales como 'simples cláusulas contractuales'⁴³.

Desde este punto de partida, la doctrina contractualista discute dos problemas, en torno a los cuales pueden ordenarse las exposiciones al uso. En primer lugar, trata de justificar el carácter contractual de las condiciones generales y, en segundo lugar, intenta proponer mecanismos para su control que sean coherentes con tal calificación. Como se ve,

⁴³ Dentro de la doctrina contractualista podría distinguirse a un grupo de autores que han mantenido que el acto de predisposición constituye, en sí mismo, un negocio jurídico (Así, LUKES "Gedanken zur Begrenzung des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen" en Festschr. Hueck (1959) pp 459ss; NAENDRUP Die Teilnichtigkeit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bielefeld, 1966: SCONAMIGLIO "Il controllo giudiziale delle condizioni generali di contratto"). No haremos, sin embargo, referencia a los mismos, no sólo porque su propuesta ha carecido de cualquier trascendencia, sino sobre todo porque son insostenibles dogmáticamente e inútiles desde la perspectiva que aquí interesa, que no es otra que justificar por qué las condiciones generales vinculan al adherente. En efecto, aún cuando la predisposición fuera un negocio jurídico unilateral, sería res inter alios acta para los adherentes (Vid la crítica detallada en PFLUG Kontrakt pp 188ss quien, recoge una cita de Burckhardt: "Denn sobald man annimmt, dass es Verträge gibt, nimmt man auch an, dass sie verbindlich sind, unverbindliche Verträge wären ein Widersinn" p 190 nota 25)

preceder de esta forma significa utilizar una estructura regla/excepción donde la regla es la validez genérica de las condiciones generales y la excepción la nulidad de las condiciones abusivas. Veremos más adelante que un planteamiento correcto debería explicar unitariamente por qué unas cláusulas valen y otras no.

2. En cuanto a la justificación del carácter contractual de las condiciones generales, los autores contractualistas articulan su razonamiento del siguiente modo: teniendo en cuenta que no hay más fuentes de vinculación que la norma estatal y el contrato, las condiciones generales en la medida en que no son normas estatales, sólo vinculan a las partes si se convierten en norma contractual, para lo cual es preciso que sean aceptadas por el adherente.

Para poder razonar de esta forma, y al calificar las condiciones generales como meras cláusulas contractuales, los autores contractualistas vienen obligados a calificar la adhesión a condiciones generales como consentimiento, y por tanto, a considerarla como un acto de autonomía privada. Ello implica negar cualquier relevancia a las diferencias existentes entre la aceptación de un contrato individual y la adhesión a condiciones generales y, por tanto, "reducir" el consentimiento del adherente de un acto de autodeterminación a un simple acto voluntario⁴⁴.

⁴⁴ PFLUG Kontrakt p 47. Este autor acusa a los autores contractualistas de un "doble reduccionismo". La primera reducción consiste en negar la posibilidad de

3. En cuanto a los mecanismos de control del contenido de las condiciones generales los autores contractualistas recurren básicamente a la idea de que el empleo de condiciones generales de contenido desequilibrado supone un abuso de la libertad contractual. Su estudio en el marco de este capítulo, resulta de interés porque nos servirán para demostrar lo que de incoherente tiene la tesis contractualista. En efecto, trataremos de demostrar que los mecanismos propuestos no pueden encajarse sin fricciones en el ordenamiento.

II. La justificación del carácter contractual de las condiciones generales.

El iter argumentativo respecto al fundamento de la validez que hemos resumido en el epígrafe anterior puede observarse en cualquier de los trabajos de los autores contractualistas tradicionales⁴⁵. Todos ellos

que existan fuentes normativas ajenas al Estado: los empresarios carecen de poder normativo en un Estado de Derecho. La segunda es la que se ha expuesto en el texto. De lo que hasta aquí hemos visto se deduce, lógicamente que la primera acusación no está justificada.

⁴⁵ Como autor más representativo, recurriremos aquí, sobre todo, a la obra de Ludwig Raiser Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen (Bad Homburg 1935 reimpr. 1961) (cit. Das Recht). Este estudio puede considerarse sin exageración de importancia histórica en la evolución de la jurisprudencia y legislación en materia de condiciones generales en cuanto sirvió de apoyo teórico al control del contenido que llevaron a cabo -sin apoyo legal expreso- los tribunales alemanes.

parten, efectivamente de la dicotomía entre contrato y ley como únicas fuentes de "normas" a las que cabría recurrir para explicar la validez de las condiciones generales⁴⁶, niegan que puedan considerarse como normas

Respecto a la doctrina española, donde la influencia de Raiser es patente, utilizaremos especialmente los trabajos de DE CASTRO. De todos ellos, aquí nos van a ocupar básicamente las líneas dedicadas a ello en el Derecho Civil de España (Madrid, 1949-1952 (reed. Madrid 1984) pp 335-337); en El negocio jurídico (Madrid, 1971 (reed Madrid, 1985) pp 11-18 y 25-48) y sobre todo en el discurso de ingreso en la Real Academia de legislación y jurisprudencia "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes" (ADC (1961) pp 295-341 reeditado como volumen independiente (Madrid 1975, 2ª ed. 1985. Las citas se hacen según la publicación en el ADC). Es cierto que DE CASTRO se ocupó del tema en otros trabajos (Nos referimos a "El arbitraje y la nueva lex mercatoria" ADC 1979 pp 619-725 y a las "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" ADC 1982 pp 987-1085), pero a nuestro juicio, en los mismos no aporta elementos nuevos a su concepción de las condiciones generales, y en algunos casos, al contrario, introduce variaciones que no cuadran con la exposición más documentada y cuidadosa que realizó en el último trabajo citado, por lo que creemos respetar más fielmente las ideas de nuestro más ilustre civilista recurriendo de modo principal al trabajo de 1961. El análisis detallado de la posición de De Castro se justifica no sólo por su valor intrínseco, sino porque ha ejercido un notable influjo en nuestra doctrina. Gran parte de los civilistas, en efecto, la han asumido. Vid. especialmente, AMOROS GUARDIOLA "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad en el pensamiento de Federico de Castro" ADC (1983) pp 1129ss. y en los de CABANILLAS SANCHEZ (ADC 1982 PP 41-120; ADC 1983 pp 1192 ss y Las cargas del acreedor en el Derecho civil y mercantil Madrid 1988.

⁴⁶ RAISER Das Recht p 60; Vid tb. DE CASTRO (ADC (1961) pp 302-318); Especialmente expresivo, GARCIA AMIGO (vid. nota siguiente pp 145, 152-161): "Por exclusión (!) su eficacia vinculante debe provenir necesariamente de las fuerzas subjetivas... En otras palabras, puesto que son fuerzas subjetivas quienes las formulan ya que proceden de los particulares carentes de poder legislativo, la sólo eficacia posible es la que pueda serle conferida a través del negocio jurídico"; En el mismo sentido, LACRUZ Elementos de Derecho Civil II vol 2 Barcelona², 1987 p 36, citando a Sconamiglio: "no se puede colmar el abismo que media entre el plano del ordenamiento jurídico y el de la autonomía negocial"; CLAVERIA "La predisposición del contenido contractual"

jurídicas y califican las condiciones como meras cláusulas contractuales. Eso sí, reconocen que "realmente satisfecho con esta explicación no está nadie"⁴⁷.

Para llegar a calificar la adhesión a condiciones generales como consentimiento, examinan las formas en que las condiciones generales pasan a incorporarse a un contrato, y distinguen dos supuestos: las condiciones

RDP (1979) p 673 siguiendo a García amigo. URÍA ("Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie" RDM (1956) p 234) quien, sin embargo, y al menos formalmente, parece no caer en esta dicotomía cuando aconseja que no exageremos "el respeto fetichista al monopolio jurídico del Estado" y recuerda la existencia durante la época de Franco del Derecho sindical (RDM (1956) p 230). Sin poder entrar excesivamente en el tema, es discutible que el Derecho sindical no fueran normas reglamentarias dictadas por los sindicatos verticales, como "cosa pública". A nuestro juicio, este dato, y el hecho de que Uría admita, el carácter normativo de las condiciones generales meramente aprobadas por la administración hablando en este supuesto de "delegación normativa" (*ibidem* p 231) permite afirmar que Uría es bastante respetuoso con el monopolio jurídico del Estado en cuanto que en nada se ve perturbado éste por las normas emitidas por órganos estatalizados como eran los sindicatos verticales.

⁴⁷ RAISER Das Recht p 61. Si que se mostraba satisfecho, entre nosotros GARCIA AMIGO (Condiciones generales de los contratos Madrid, 1969 p 96) "Tales contratos (los concluidos conforme a condiciones generales) no constituyen una categoría a se que requiere una disciplina distinta a los demás contratos. Tales caracteres son metajurídicos, precontractuales o meramente sociológicos; y los que pudieran tener relevancia jurídica no son exclusivos de tal pretendido tipo de contratos". Así, ni la prerredacción unilateral (*ibidem* p 88), ni la diferencia de poder contractual (*ibidem* pp 92-93), ni la imposición son rasgos exclusivos de las condiciones generales (*ibidem* p 94). En cuanto a que se trate de contratos en masa: "es un problema de número que no penetra en la esencia jurídica, íntima del negocio" (*ibidem* p 94). En sentido parecido a García Amigo, M. ALBALADEJO Derecho Civil II Barcelona (1970) (hay ediciones posteriores) p 812; También L.DIEZ-PICAZO Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial I Madrid² (1983) p 234.

generales que pasan a ser vinculantes mediante el consentimiento de los contratantes concretos (cláusulas contractuales) y aquellas que adquieren fuerza vinculante mediante el consentimiento de un círculo de contratantes (Derecho consuetudinario)^{4*}.

El supuesto que aquí nos interesa es el primero, es decir, el de la incorporación de las condiciones generales en virtud de las declaraciones de voluntad del predisponente y del adherente. El segundo ha sido analizado ya al hilo de las posiciones normativistas tradicionales (supra § 5). Dado que la adhesión ha de ser calificada como consentimiento, es necesario equiparar formalmente, por un lado, la adhesión a condiciones generales y la aceptación contractual en un contrato individual y, por otro, la declaración del predisponente remitiéndose a unas condiciones generales y la del adherente sometiéndose a ellas: Para ello, se afirmará que ambas tienen el mismo valor de consentimiento negocial y, conjuntamente, configuran la

^{4*} RAISER ibidem pp 77-79. DE CASTRO, y con él la mayoría de la doctrina en nuestro país, analiza el mismo problema pero a partir de una diferenciación -a nuestro juicio, hoy superada- entre condiciones generales de la contratación y condiciones generales de los contratos en particular "distinguidas en que éstas sí, y aquellas no, son sometidas a la firma del cliente". Según De Castro "cada una plantea un problema especial: el primero el de la posibilidad de considerar las condiciones generales como fuente del Derecho objetivo, el segundo el del ámbito y los límites de la autonomía de la voluntad y de la renuncia a las leyes" (ADC (1961) p 297) (Vid al respecto infra § 9 VIII). A diferencia de Raiser, sin embargo, De Castro niega que cualquier condición general pueda considerarse como uso, lo cual, según veremos, es excesivo; Si que admite la posibilidad de que las condiciones generales queden incorporadas al contrato como usos URIA (RDM (1956) p 238).

Verweisung o remisión⁴⁹. Con ello los presupuestos de la libertad contractual se consideran cumplidos: "desde el punto de vista dogmático, (las condiciones generales) son contenido de negocios jurídicos cuya configuración queda en manos de las partes según el principio de libertad contractual"⁵⁰. Si se cumplen los presupuestos de la celebración del contrato y lo acordado no choca de manera grave con el ordenamiento estatal, el Estado lo declara válido y le otorga su protección"⁵¹. "Su validez en el caso concreto descansa en la voluntad de las partes"⁵². La pregunta es, lógicamente, si la adhesión o remisión por parte del adherente a unas condiciones generales puede considerarse como expresión de su voluntad real y libre y, por tanto, como consentimiento negocial, es decir, si son idénticas la adhesión y la aceptación de un contrato individual. La mayoría de los autores contractualistas reconocen las diferencias entre ambas⁵³, diferencias, que, como veremos, se basan en que

⁴⁹ Tal es la denominación que le da RAISER (Das Recht p 160) al "acuerdo" entre predisponente y adherente.

⁵⁰ (RAISER ibidem (p 74); para los demás autores contractualistas, vid supra nota 44.

⁵¹ RAISER ibidem pp 81-82.

⁵² RAISER ibidem p 147.

⁵³ Vid RAISER Das Recht p 150 donde reconoce que en los contratos con condiciones generales "en lugar de una decisión libre y consciente de las consecuencias, (lo que existe es un) dejarse introducir en una relación impersonal y preformulada por otro". Como Raiser, URÍA RDM (1956) p 238. También así, DE CASTRO (ADC (1961) p 319) "la doctrina hace mucho advirtió la anomalía de los contratos de adhesión": esta anomalía es lo que "primero se advierte en las condiciones generales por llamativa y

en la adhesión, el cliente carece de alternativas razonables al sometimiento a las condiciones generales. pero concluyen calificándolas de sociológicas o económicas⁵⁴ admitiendo plenamente la validez de la adhesión como consentimiento⁵⁵, trasponiendo así, el

chocante", porque "se consiente sobre lo conocido y entendido. Las condiciones generales por su misma complejidad no pueden ser entendidas por los clientes. Falta por tanto la base para que puedan formar parte del contenido del contrato" (p 322); Vid. también CLAVERIA RDP (1979) p 673.

⁵⁴ RAISER ibidem pp 148-150; DE CASTRO ADC (1961) p 319; GARCIA AMIGO Condiciones pp 92-93 y 96 etc. DE CASTRO (ADC (1961) p 322) lo califica de "cuestión de hecho" : averiguar en cada caso si hubo o no tal consentimiento, "lo que fácilmente se complica si se acude para resolverla a ficciones y presunciones más o menos arbitrarias. De un lado se puede decir que no cabe suponer conocido por un comprador cualquiera lo que requiere el estudio de un especialista. De otro se alega que quien no se entera de las condiciones generales es culpable por negligencia y que debe por tanto pechar con las consecuencias de su falta de diligencia". Así también, LACRUZ Elementos II vol 2 pp 34-35). Contra ROYO ADC (1949) pp 56ss. Como Royo, PUIG BRUTAU Fundamentos de Derecho civil Tomo II vol 1 Barcelona 2ª ed pp 479-81. Vid estas posiciones minoritarias en la nota siguiente.

⁵⁵ DE CASTRO (ADC (1961) p 322): "Se ha señalado también que la libertad, fundamento de la autonomía de la contratación, no existe verdaderamente en el comprador que ha de aceptar las cláusulas generales para obtener lo que necesita, obligado a ello por el monopolio de hecho o de derecho, sea porque todas las empresas del ramo las imponen. Este defecto a pesar de su importancia se considera en general insuficiente para la impugnación de las cláusulas, pues la coacción implícita que determina su aceptación no llega a ser uno de los vicios de la voluntad enumerados por la ley" (p 322). En el mismo sentido, A. POLO "Comentario a la STS de 27.2.1942" RDP (1942) pp 714-15; URÍA RDM (1956) pp 221-241; más formalista aún GENOVESE Condizioni p ej. pp 158-159. Los únicos autores que, entre nosotros, han negado la posibilidad de equiparar la adhesión al consentimiento contractual han sido ROYO y PUIG BRUTAU. Así, Royo afirma que "No existe la unidad volitiva (por parte del adherente) y el contenido contractual se excinde (sic) en un núcleo o médula, en el que se comprenden las prestaciones cardinales que resulta efectivamente conocido y querido, y una especie de cola

o adición, una periferia, de las que el contratante no tiene noción o es en absoluto insuficiente para servir de base a un eficaz consentimiento. Esta zona periférica está creada por las condiciones generales" (ROYO Contratos de adhesión ADC (1949) p 56) Royo afirmará la relevancia jurídica de tal inexistencia utilizando la teoría del disenso, en concreto, afirmando expresamente y en contra de Genovese y la doctrina tradicional en general que "esta realidad psicológica... trasciende a la esfera de lo jurídico", en cuanto impide que exista un acuerdo de ambas partes respecto a todo el contenido del contrato por lo que habría que declararlo nulo por falta de consentimiento pero tal solución le parece "difícil" y de una "absoluta insuficiencia práctica", por lo que recurriendo a Mossa y al principio de persistencia del contrato, "... ha de ser corregido el abuso sin romper el vínculo contractual", proponiendo una combinación de mecanismos de control (inclusión, interpretación y contenido) (ADC (1949) pp 61 y 62). En cuanto a PUIG BRUTAU (Fundamentos de Derecho Civil pp 479-481) aunque niega correctamente que puedan equipararse adhesión y aceptación, se echa en falta, sin embargo, una argumentación de por qué no puede equipararse y en qué consisten las diferencias, cuestión fundamental a la hora de decidir el régimen jurídico de la <<adhesión>> y sobre todo cuáles son los criterios para determinar cuando un acto voluntario (característica que reúnen tanto la adhesión como la aceptación) constituye un acto "libre" (lo que solo caracterizaría a la aceptación). Esta carencia, que pueden explicarse por la naturaleza de la obra que examinamos, provocará que no aparezca justificada la respuesta de Puig Brutau respecto del régimen jurídico de las condiciones generales. Así, afirma que la falta de consentimiento respecto a las condiciones generales no impide la calificación como contrato de los llamados contratos de adhesión. Lo cual, constituye, a nuestro juicio, un falso problema. No creemos que nadie dude del carácter contractual de los "contratos de adhesión", lo único que se discute es la validez de las condiciones generales. que el cliente cuando se adhiere ha querido celebrar el contrato y está de acuerdo respecto al objeto y la causa del mismo parece fuera de toda duda. A partir de aquí, sin embargo, el razonamiento del autor se hace más difícil de compartir en términos estrictamente contractuales:

"Que se siga encasillando la operación en el concepto de contrato no creemos que obligue a aceptar que todo su contenido ha sido voluntaria y conscientemente aceptado. La intervención de los tribunales ha de consistir en averiguar qué cláusulas han sido libremente aceptadas y cuáles no". Con lo que vuelve a plantearse la existencia de consentimiento como una "cuestión de hecho", salvo que entendamos que a lo que se refiere es a la distinción entre elementos

significado de una aceptación en un contrato individual a las condiciones generales. Sólo importa "si el adherente ha aceptado como vinculantes para él las condiciones generales"⁵⁶. Lo que se discute a partir de este momento es únicamente qué actuaciones del adherente tienen el valor objetivo de aceptación⁵⁷. Como ha señalado brillantemente Pflug, la doctrina contractualista "abandona la cuestión de la función y

centrales del contrato y condiciones generales en el sentido que lo hacía Royo, pero no parece que sea tal la idea de Puig como lo demuestra la mezcla entre libertad y justicia del contrato que inmediatamente lleva a cabo: "e incluso, quizá más exactamente, ha de juzgarse acerca de cuáles son justas y cuales no" (p 480). Con lo que ya no se trata de un problema de consentimiento, sino de un problema de justicia del contenido del contrato y queda sin explicar la cuestión que planteábamos al principio. La doctrina contractualista sigue sin explicar por qué valen las condiciones "justas" y Puig Brutau no avanza al respecto.

⁵⁶ RAISER ibidem p 152.

⁵⁷ Vid. p ej. en RAISER (Das Recht p 160) otros supuestos en los que sin existir siquiera una declaración de remisión deben entenderse aceptadas las condiciones generales por el adherente: "cuando existe una declaración de remisión clara de las partes no es necesario acudir a los usos del tráfico para fundamentar la validez de las condiciones generales". También en p 163 donde en virtud de los usos del tráfico justifica la existencia de una carga sobre el adherente de rechazar las condiciones generales cuando sabe que la otra parte las utiliza. A esta posibilidad es a la que se agarra, por necesidades de Derecho positivo, la doctrina contractualista italiana. En efecto, como es sabido, el Codice Civile considera vinculantes para el adherente las condiciones generales si las conoció o pudo conocerlas desplegando una diligencia ordinaria (art. 1341), con lo que "... la validez de las condiciones generales no se basa en la aceptación individual (!) sino en su aspecto negativo, esto es, en el sentido de que el contratante tiene la carga de manifestar su disenso sobre aquellas condiciones generales que pretende rechazar, porque en caso contrario... se consideran igualmente incluidas en el contrato" (GENOVESE Le condizioni generali di contratto Padua 1954 pp 41-42).

los requisitos de la libertad contractual en el sentido de autodeterminación bilateral limitandose a discutir en torno a la voluntad de las partes"⁵⁸.

En este punto tenemos ya configurada la doctrina tradicional que predominará hasta hoy⁵⁹. El consentimiento del adherente como presupuesto indispensable para la validez de las condiciones generales se limita a ser una declaración voluntaria de sometimiento a las condiciones generales. En el próximo epígrafe haremos la crítica detallada a esta equiparación.

III. La crítica a las posiciones contractualistas.

1. La exposición de las posiciones contractualistas tradicionales nos ha servido para mostrar cuál es, a nuestro juicio, su punto más débil. Creemos que la raíz de todos los errores reside en atribuir el valor de consentimiento negocial a la adhesión, pues de esta manera dicho consentimiento negocial (art. 1262 1º CC) queda degradado a un acto meramente voluntario, y, por lo tanto, resulta muy difícil reconocerle el valor ético que está en la base de la protección y reconocimiento que el ordenamiento jurídico otorga a la libertad

⁵⁸ PFLUG Kontrakt pp 121 y 125), refiriéndose en concreto a Raiser. La apreciación puede extenderse, sin embargo, a los demás autores contractualistas.

⁵⁹ Vid. por toda la doctrina española, la última edición del manual de LACRUZ (Elementos pp 35-36) y para Alemania, MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Heidelberg² (1985) pp 142ss.

contractual⁶⁰. El mero carácter voluntario de un acto no garantiza que se haya realizado libremente. Como se ha dicho gráficamente, casi todas las extorsiones se realizan con el aparente consentimiento de la víctima⁶¹. Trataremos de demostrar que esta equiparación entre adhesión y consentimiento no es aceptable en ningún ordenamiento basado en la autonomía privada.

Se trata, por tanto, de examinar si el carácter vinculante de las condiciones generales para el adherente puede justificarse desde la autonomía privada, como pretende la doctrina tradicional. Para ello, partimos aquí de la idea -bien simple por lo demás- que entiende que el carácter vinculante de los contratos se basa en que han sido adoptados libremente por los particulares)⁶². Tras exponer dicha concepción,

⁶⁰ Esta es una idea generalmente admitida. Vid. por todos K. LARENZ Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica. Munich 1978, trad. esp. de L. DIEZ-PICAZO Madrid 1985. pp 74-75.

⁶¹ V. BOLGAR "The contract of adhesion. A comparison of theory and practice". American Journal of comparative Law (1972) pp 53-78 notas 20 y 22. apud PUIG BRUTAU Fundamentos p 480; sobre la diferencia entre voluntad y autodeterminación en el ámbito jurídico, puede verse la bibliografía sobre vicios del consentimiento y en esto específicamente M. WOLF Entscheidungsfreiheit p 27.

⁶² Somos conscientes que no todos los supuestos de vinculación de un sujeto pueden reconducirse a la autodeterminación. En este sentido, la idea de la responsabilidad por la confianza creada ha venido a completar a la autodeterminación como principio legitimador, aún cuando se engarce con ésta por la vía de la autorresponsabilidad como la otra cara de la libertad (Vid CANARIS Vertrauenshaftung pp 439-451). No estaríamos de acuerdo, sin embargo, con concepciones que buscan la fundamentación del carácter vinculante de los contratos en una pluralidad de principios, porque con ello, el carácter explicativo de la fundamentación se reduce notablemente.

trataremos de definir un criterio que nos permita calificar una actuación voluntaria de aceptación de un contrato como un acto de autodeterminación. Por último, aplicaremos dicho "test" a la adhesión a las condiciones generales en el marco de la celebración del contrato, y determinaremos, finalmente, si la validez de las mismas se legitima desde el principio de la libertad contractual y el pacta sunt servanda.

2. Corresponde a Flume⁶³ el mérito de haber sido el

⁶³ W. FLUME "Rechtsgeschäft und Privatautonomie" en 100 Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift Deutscher Juristentag 1960 I pp 135ss. Lamentablemente no hemos podido utilizar directamente este trabajo, pero el contenido del mismo está recogido en lo fundamental en su Allgemeiner Teil II: Das Rechtsgeschäft Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1ª ed 1965 (hay dos ediciones posteriores) pp 1-22. La aportación de Flume en estos temas no ha sido superada y, a fuerza de clásica ha dejado anticuadas las exposiciones "modernas" construidas a lo largo de los años setenta, exposiciones que han recurrido a una pluralidad de principios para explicar el carácter vinculante de los contratos (Vid. como ejemplo la de F. BYDLINSKI Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes Viena-Nueva York (1967)) o a conceptos de escaso valor explicativo por la diversidad que pretende encajar (recientemente, HÖNN Kompensation Gestörter Vertragsparität Munich 1982). Se ha provocado así, una "corrupción del pensamiento contractual" (PFLUG) donde los fundamentos teóricos y las expresiones prácticas de lo que se considera contrato no pueden estar más alejadas entre sí. Ello justifica que, en aras de la claridad, nos limitemos a su exposición en este trabajo y que no introduzcamos variaciones sobre el tema que dificultarían su comprensión. Un ejemplo de estas exposiciones en nuestra doctrina es la de LACRUZ Elementos II-29 pp 11-28. De la actualidad de la concepción clásica del contrato es una buena muestra el "renacimiento" de la autonomía privada, en el sentido de libertad individual frente a las tendencias socializadoras que predominaron en los años sesenta y setenta que se ha reflejado, por ejemplo, en las últimas regulaciones legislativas en relación con el "Derecho de los consumidores". Para otras expresiones de esta evolución, vid. el reciente trabajo de D. REUTER ("Die ethischen Grundlagen des Privatrechts -formale

que de un modo más convincente y sistemático ha expuesto la relación causal entre el reconocimiento estatal de la autonomía privada y la autodeterminación de los individuos. Según la concepción más tradicional, la autonomía privada es examinada únicamente como una libertad frente al Estado: un espacio libre de ingerencia estatal dejado al libre juego de fuerzas de los individuos⁶⁴. Al Estado le correspondía exclusivamente poner a disposición de los sujetos su aparato coactivo para garantizar el cumplimiento de los acuerdos jurídicos entre particulares. Ello suponía simultánea e implícitamente reconocer a los individuos una esfera de actuación libre, una posibilidad de

Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?" ACP 189 (1989) pp 199-222). Las bases económicas de este renacimiento de la autonomía privada las ha resumido MEDICUS en dos: los cambios habidos en la estructura de los ingresos de los particulares, con un aumento generalizado del nivel de vida y la multiplicación de la oferta con el aumento consiguiente de las posibilidades de elección para los consumidores (MEDICUS Allgemeiner Teil p 73).

⁶⁴ Vid. DE CASTRO Negocio p 12 pero 11ss. WOLF Entscheidungsfreiheit pp 8-9; RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) pp 1237; . De hecho, la misma designación como autonomía "privada" frente a la más tradicional de "autonomía de la voluntad" sugiere que el contenido básico de la misma es un derecho de libertad frente al Estado. La concepción tradicional es, sin embargo, la que sigue dominando las exposiciones de los manuales (vid p ej. ALBALADEJO Derecho Civil I vol 2º Barcelona 1977 (hay eds. post) pp 139-140 y II vol 1º Barcelona 1980, p 371; monográficamente E. LALAGUNA "La libertad contractual" RDP 1972 pp 871-894) en los cuales no se encuentran referencias a las consecuencias que para la autonomía privada y la libertad contractual tiene la injerencia de uno de los contratantes sobre el otro, como un problema general no reducido a la regulación de los vicios del consentimiento, lo que como veremos constituye el aspecto más novedoso de la exposición de Flume. Una concepción más actualizada, sin embargo, es la que puede leerse en LACRUZ Elementos II vol 2º pp 11-28.

regular sus propios asuntos a su conveniencia, porque el único potencial infractor de tal libertad se veía en el intervencionismo estatal que caracterizó el Antiguo Régimen. Las ingerencias de otros particulares quedaban conjuradas por el principio del consentimiento en la asunción de obligaciones (arts. 1089, 1091, 1261, 1262 CC) en un marco económico de mercado. Las diferencias de poder económico entre los particulares no se consideraban una amenaza sustancial que pudiera impedir al más débil una actuación libre porque para evitarlo estaba el mecanismo desapoderador de la competencia⁶⁵. Por lo tanto, la concepción tradicional reducía el problema de la falta de autodeterminación de uno de los contratantes como consecuencia de la actuación de la otra parte a la regulación de los vicios del consentimiento, y eventualmente al Derecho antimonopolístico.

La exposición de Flume de las relaciones entre reconocimiento de la autonomía privada y la autodeterminación de la persona como valor tiene especial interés porque -en lo que aquí importa- extrae las consecuencias de la misma que en la doctrina clásica, a fuerza de implícitas habían caído en la irrelevancia.

La autonomía privada como reconocimiento a los individuos de poder para regular sus relaciones como tengan por conveniente se justifica porque es expresión

⁶⁵ Vid. sobre esto A. MENENDEZ Centenario pp 45-82 passim; E. KRAMER Die Krise des liberalen Vertragsdenken Munich-Salzburg, 1974 pp 27ss.

del derecho a la autodeterminación de la persona humana⁶⁶. Con este fundamento no necesitamos legitimaciones ulteriores para considerar vinculantes los acuerdos adoptados libremente por los particulares: éstos valen porque así han sido queridos por los individuos en el ejercicio de su libertad. La justicia o no del contenido es irrelevante porque la legitimidad de lo pactado no se basa en su contenido sino en el procedimiento por el que se ha llegado al mismo, que ha sido el consentimiento libre y no la imposición: stat pro ratione, voluntas⁶⁷.

Consecuentemente, "en tanto se reconozca la autodeterminación que implica la autonomía privada no puede existir heterodeterminación"⁶⁸. Esta heterodeterminación incompatible con la autonomía privada puede proceder, según Flume, no sólo del Estado⁶⁹ sino también de otros particulares⁷⁰. Dentro

⁶⁶ FLUME Rechtsgeschäft pp 6ss esp. p 10. Esta es una idea generalmente admitida. Vid MEDICUS Allgemeiner Teil pp69-73 y entre nosotros, por todos, DE CASTRO Negocio p 11ss y sobre todo LACRUZ Elementos II- 20 p 28: y el art. 10 de la Constitución que recoge como principio del ordenamiento el respeto al "libre desarrollo de la personalidad" de los individuos

⁶⁷ FLUME Rechtsgeschäft p 6; KRAMER Vertragsdenken p 23; WOLF Entscheidungsfreiheit p 20 y entre nosotros MENENDEZ Centenario C de C p 59: "...el dogma de la autonomía de la voluntad, cuya genuina significación es la identificación del principio de justicia contractual y el de libertad contractual (volenti non fit iniuria)".

⁶⁸ FLUME Rechtsgeschäft p 6.

⁶⁹ En esto Flume recoge la doctrina liberal clásica frente a tendencias socializadoras en materia de control de los actos de los particulares- del Estado y sus órganos judiciales: "el juez no puede considerar nulo un testamento porque le parezca injusto" FLUME ibidem vid pp 6-8.

de éste último grupo, los ataques a la libre determinación de cada una de las partes pueden provenir de la otra. El contrato ha de ser expresión de autonomía bilateral, lo que exige que ambas partes hayan actuado autodeterminándose al celebrarlo, lo cual, a su vez, implica no sólo ausencia de interferencia estatal o de terceros sino también ausencia de imposición de la voluntad de una de las partes sobre la otra⁷¹. Con ello, Flume sitúa los problemas de imposición o influencia indebida de una de las partes sobre la otra, en el marco de la existencia o no de autodeterminación. Consecuentemente, para que el contrato sea un acto de autonomía bilateral es necesario que se den los presupuestos que permiten a ambas partes autodeterminarse porque en otro caso tendríamos heterodeterminación unilateral ("einseitige

⁷⁰ Flume se refiere en primer lugar, al principio de intangibilidad de la esfera jurídica ajena sin consentimiento: los particulares no pueden vincular unilateralmente a otros porque ello supondría negar a éstos su propio derecho a la autodeterminación. FLUME Rechtsgeschäft pp 8-9.

⁷¹ FLUME Rechtsgeschäft p 10. Así describe el contrato clásico LACRUZ Elementos II-2º p 19. No nos parece expresivo definir al contrato como producto de la codeterminación (HÖNN Kompensation pp 89-90) porque ello puede inducir a confusión. Codeterminación parece aludir a la idea de que algo que hay que decidir se decide entre varios, y en el ámbito contractual no hay que decidir nada. Si se contrata es porque a cada una de las partes el acuerdo les conviene y lo aceptan, y si no, no se contrata. La confusión a la que induce el término criticado estriba en que va referido a la idea de participación en una decisión final y como trataremos de demostrar no necesariamente debe existir participación de ambas partes en la "elaboración" de la decisión para que exista una actuación libre por parte de ambos contratantes. Obviamente existe codeterminación en la medida en que sin el concurso de ambas partes la "decisión" no puede tomarse.

Fremdbestimmung")⁷² con lo que desaparece la legitimidad para el reconocimiento estatal de dichos actos realizados por los particulares. Son estos supuestos los que interesan en el ámbito de la discusión sobre la validez de las condiciones generales.

La exposición de Flume debe ser completada en un sentido. En nuestra opinión, no es correcto afirmar que el consentimiento ha de ser expresión de autodeterminación en toda su extensión en todos los intercambios que se realizan en nuestra sociedad. Ahora bien, el planteamiento correcto no pasa por negar que la autodeterminación sea el fundamento del carácter vinculante de los contratos, sino, sencillamente, por delimitar el ámbito en el que es relevante preguntarse si la validez del consentimiento se anuda a la existencia de una posibilidad de autodeterminación. En general, cuando el Estado deja "al libre juego de las fuerzas de los particulares" las transacciones económicas, cabe afirmar que tal supuesto es imprescindible. Cuando el Estado interviene en sectores tradicionalmente reservados a dicho "libre juego" de los particulares, debe distinguirse entre dos grandes grupos de acuerdo con el criterio de la bondad del mecanismo de mercado como garantía de la libertad de los sujetos en sus decisiones de intercambio, y como mecanismo de consecución del máximo bienestar social. Como decía Köndgen, corresponde a la sociedad, y por tanto al Derecho, decidir cuánto mercado queremos. En efecto, en aquellos ámbitos en los que el Derecho no asigna al mercado las funciones citadas, no cabe hablar de autonomía privada en general y, por lo tanto, no tiene sentido preguntarse -en la medida en que el mercado haya sido eliminado- por la necesidad de que haya existido autodeterminación o no para determinar la vinculación de los sujetos y las condiciones en las que quedan vinculados. Según dicho criterio, las intervenciones del Estado pueden clasificarse en dos grandes grupos.

a) En muchos supuestos, la intervención del Estado en ámbitos reservados tradicionalmente a la autonomía privada va dirigida a impedir que se falsee el mercado (Derecho de la competencia) restableciéndolo cuando por el "libre juego de las fuerzas individuales" ha desaparecido o se encuentra en peligro de desaparecer (obligaciones de información, derechos de rescisión unilateral); bien, cuando el restablecimiento no es posible, estableciendo las consecuencias que se hubieran producido de haber funcionado correctamente el mercado a juicio del legislador (obligación de contratar en las condiciones habituales en el caso de monopolio o de escasez de determinados bienes necesarios etc). En

⁷² FLUME Rechtsgeschät p 10.

estos casos, el legislador y el juez no ponen en duda la bondad del sistema de mercado como instrumento de determinación de los precios y condiciones, de autodeterminación de los particulares. Lo que sucede es que el presupuesto de la competencia no se da, y se trata, bien de restablecerla, bien de provocar los mismos resultados que ella hubiera provocado.

b) En otros casos, sin embargo, el Estado rechaza el mecanismo de mercado porque entra en conflicto con valores fundamentales del sistema o con necesidades generales, es decir, rechaza el mercado como mecanismo para decidir qué pretensiones de los particulares son legítimas (qué nivel de autodeterminación se garantiza) y lo decide con arreglo a otros criterios: dignidad de la persona, derecho a unos mínimos existenciales (Daseinvorsorge), promoción discriminatoria de determinados grupos o actividades, planificación económica, intereses nacionales... En este ámbito entran a colación casi todas las normas que suelen considerarse expresión del Estado social⁷³, y entre ellas las que afectan al intercambio de bienes y servicios, que son las que se realizan por medio del contrato: subvenciones a actividades culturales, precios agrícolas, normas sobre garantías de igualdad de acceso a bienes públicos y sobre todo muchas regulaciones del Derecho del Trabajo⁷⁴ y del Derecho de los

⁷³ Vid. sobre la obligación de contratar en muchos de estos supuestos el excelente trabajo de KILLIAN 176 AcP (1976) pp 47-83 esp. pp 61-73.

⁷⁴ Por esta razón no podemos compartir el enfoque que trata de considerar unitariamente el problema de la "justicia" en el contrato de trabajo y en las condiciones generales, enfoque que utilizan tanto Hönn (Kompensation pp 192ss) como Wolf (Entscheidungsfreiheit 195ss) lo que hace que el trabajo del primero que pretende encontrar la unidad de todas las intervenciones del Estado en las relaciones entre particulares sea puramente descriptivo porque las mismas no son reconducibles a una sólo justificación. Respecto al Derecho laboral nos limitaremos aquí a reproducir lo que en torno al mismo y la razón por la que la autonomía privada ha sido sustituida por la autonomía colectiva, ha señalado ZÖLLNER ("Privatautonomie und Arbeitsverhältnis. Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim Arbeitsvertrag" (176 AcP (1976) p 231)): "El significado específico de los convenios colectivos consiste (no en garantizar un equilibrio entre trabajadores y empresarios y un salario más elevado sino) mehr in seiner Auslöse- und Indikatorfunktion für Lohnanpassung an Inflation und Produktivität, eine Aufgabe hinsichtlich deren der Arbeitsvertrag heute schon rein instrumentell überfordert wäre.

An dieser instrumentellen Überforderung zeigt sich die im Grunde längst bekannte... Tatsache, dass die

arrendamientos protectoras de una de las partes.

Pues bien, hablar de autodeterminación del sujeto como criterio para determinar qué acuerdos vinculan sólo tiene sentido respecto a aquellos ámbitos en los que el Derecho deja al mercado la determinación del marco que garantiza la "justicia" de los acuerdos contractuales. Es en este ámbito, donde hay que comprobar si es verdad que el Derecho garantiza a los sujetos que sólo quedarán vinculados cuando hayan actuado libremente o si, por el contrario, simplemente les garantiza que quedaran vinculados siempre que hayan actuado voluntariamente⁷⁵. Obviamente, en los ámbitos donde se utilizan condiciones generales, la determinación de los precios y las prestaciones está reservado, en general, al mercado, por lo que el planteamiento de Flume es plenamente correcto.

3. Establecido que la fuerza vinculante de los acuerdos concluidos entre particulares se legitima porque los mismos son producto de la autodeterminación, debemos preguntarnos a continuación sobre la posibilidad de establecer un criterio para decidir cuándo un acuerdo ha sido producto de la autodeterminación de los que los llevan a cabo y, por tanto, cuándo la fuerza vinculante del mismo está justificada desde los valores reconocidos por el sistema.

Para contestar a esta pregunta partiremos aquí de la función asignada al contrato en una economía de

Zurückdrängung des individuell ausgehandelten Einzelvertrages... nichts mit der Frage zu tun hat ob der eine Vertragspartner wirtschaftlich mächtiger ist als der andere".

⁷⁵ De ahí que la referencia al Derecho de arrendamientos sea poco persuasiva para contestar a la cuestión de si es necesaria la autodeterminación respecto al contenido de las condiciones generales para que éstas vinculen al adherente: "Es cierto que una de las partes no participa en la elaboración del contenido contractual, pero ello no excluye el carácter contractual si este contenido es aceptado, como no excluye el carácter contractual de un arrendamiento urbano el hecho de que casi todo su régimen jurídico venga impuesto por la ley" CLAVERIA RDP (1979) p 673.

mercado. En ésta, el contrato es el vehículo jurídico de los intercambios de bienes y servicios⁷⁶. Más concretamente, el contrato ocupa una posición central como instrumento para la realización de intercambios de bienes y servicios cuando la realización de los mismos se deja a los particulares y a su libre actuación.

En este ámbito, las transferencias de bienes y servicios se realizan en función de las decisiones de los particulares y deben provocar transferencias de los bienes y servicios desde aquellos que les otorgan un valor inferior a aquellos que les otorgan un valor superior, en la medida de que un sujeto sólo estará dispuesto a desprenderse de un bien si lo que se le da a cambio "vale más" para él que lo que él entrega y viceversa. De esta manera, se logra asignar los recursos allí donde tienen un valor mayor⁷⁷. El mercado, como sistema de asignación de recursos, presupone que las transferencias se realizan voluntariamente, porque sólo así es posible determinar los valores relativos que los sujetos atribuyen a dichos bienes.

Por lo tanto, para determinar cuando un sujeto ha

⁷⁶ Así, LACRUZ Elementos II-2º p 28. Ampliamente con detalles sobre el fundamento de esta limitación a los contratos de intercambio dejando a un lado los de colaboración por ej. vid PAZ-ARES ADC 1981 p 675 nota 223; RITTNER 188 AcP (1988) pp 120-122.

⁷⁷ Vid PAZ-ARES ADC 1981 p 666. Lo que se trata de explicar es bastante simple: A posee un cuadro que valora en 100, B valora dicho cuadro en 120, A estará dispuesto a deshacerse del cuadro si se le ofrece más de 100 y B estará dispuesto a adquirirlo si se le exige menos de 120. De ahí que, dejándolo a la libre decisión de A y B el cuadro pasará de donde tiene menor valor (para A -100-) a donde tiene más (para B -120-). Todo ello, suponiendo que no existen costes de transacción.

actuado autodeterminándose al aceptar un acuerdo, podemos examinar si actuó voluntariamente en un marco de competencia. Simplificando mucho, si existe competencia y el poseedor de un bien puede optar entre diversos compradores y el comprador también puede hacerlo entre diversos vendedores^{7a}, la celebración voluntaria del intercambio debe calificarse como un acto de autodeterminación en cuanto el que celebra el contrato tenía otras alternativas a su disposición y optó por una determinada. Resumiendo aún más y limitándonos al contrato como unidad, puede afirmarse que un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como una alternativa razonablemente

"Vendedor y comprador, con independencia del poder económico que tengan deben entrar en competencia en el mercado que resulta de innumerables decisiones autónomoprivadas, para conseguir que la otra parte celebre libremente el contrato con ellos" (FLUME Rechtsgeschäft p 10). La relación se produce también en sentido contrario: el contrato libremente celebrado contribuye a la configuración de un mercado competitivo:

"lo característico del ordenamiento jurídico de la autonomía privada consiste en que el mismo se integra y renueva con cada negocio autónomoprivado. Cada contrato sobre bienes y servicios como acto de autodeterminación es sólo posible cuando, en principio, y con carácter general, el tráfico de bienes y servicios se produce en autodeterminación; y a la vez, cada acto aporta algo a ello en la medida que otros intercambios podrán ser acordados autodeterminadamente" (FLUME Rechtsgeschäft ibidem). Con ello Flume recoge, muy sintéticamente, las relaciones entre contrato y competencia que fundamentan el que podamos considerar cada contrato celebrado voluntariamente como un acto de autodeterminación bilateral. No es necesario comprobar en cada caso si la voluntariedad fue o no producto de la libertad. Ello lo garantiza el marco en el que los mismos se realizan.

disponible, renunciar a contratar⁷⁹.

La existencia de competencia, pues, garantiza que la renuncia a contratar sea una "alternativa razonable" de forma que se le puede exigir al que celebra el contrato que se atenga a las consecuencias de dicha celebración porque lo celebró optando entre varias alternativas. Bajo este presupuesto se comprende bien, por qué los codificadores, a pesar de que entendían el consentimiento negocial como una actuación libre y no meramente voluntaria⁸⁰ no establecieron una regulación que en general negara la vinculación del sujeto cuando su actuación voluntaria no podía considerarse libre. Los codificadores, al "instaurar" la libertad de propiedad y la libertad contractual confiaron al libre juego de las fuerzas individuales la garantía del carácter libre de los consentimientos. También se comprende por qué los consentimientos otorgados "a regañadientes" o "por resignación" son válidos: precisamente porque el grado de autodeterminación garantizado por el Derecho viene delimitado por el mercado: "el que no quiere aceptar la

⁷⁹ Vid WOLF Entscheidungsfreiheit pp 138-139ss quien propone como criterio para determinar cuándo la renuncia a contratar es una alternativa razonable el recurrir a una "valoración de los intereses": la renuncia a contratar es razonable cuando la misma y sus consecuencias representan un interés menos o igualmente valioso que la aceptación de las condiciones impuestas por la otra parte, pero no es razonable cuando las consecuencias tiene un valor superior a lo que supone aceptar las condiciones. Vid tb. W. SCHMIDT-RIMPLER "Zum Vertragsproblem" Festschr. Raiser Tübingen 1974 pp 3ss; p 14; W. ZÖLLNER "Privatautonomie und Arbeitsverhältnis" 176 AcP (1976) pp 221ss, pp 235-236.

⁸⁰ Vid. por todos, DE CASTRO Negocio p 139 nota 15; LACRUZ Elementos II-29 p 19.

celebración de un contrato en esas condiciones (las del mercado) debe renunciar al mismo. El hecho de que el interesado no quiera tampoco renunciar, sino conseguir condiciones más favorables que las que ofrece el mercado es un fenómeno visto por el ordenamiento como no merecedor de protección, fenómeno que puede designarse como mera voluntad o deseo"⁸¹. Los códigos, por estas razones se preocuparon exclusivamente de regular los supuestos en los que actos voluntarios no podían considerarse como actos de autodeterminación por razones individuales: los vicios del consentimiento. Así, se otorga al sujeto que los ha sufrido, la posibilidad de desvincularse del contrato no querido.

Esta configuración de las relaciones entre contrato y competencia no es un residuo histórico ni una idealización del XIX carente de existencia real⁸², aunque haya que hacerse cargo de todas las limitaciones fácticas que dificultan su funcionamiento. Ni el contrato está en crisis, ni la competencia, en general, ha desaparecido. La cuestión que hay que resolver, y sobre todo, lo que hay que tener en cuenta para que el contrato pueda cumplir con su función de instrumento técnico de realización de la autodeterminación de la persona en los intercambios⁸³ es si se dan los presupuestos de los que partió el legislador para atribuir tal función al contrato.

⁸¹ HÖNN Kompensation p 117. No nos parece, por tanto, acertada la crítica que este autor hace a Flume acusándole de contradecirse cuando por un lado exige la existencia de una posibilidad de autodeterminación y por otro admite la validez de los contratos celebrados "a regañadientes" (FLUME Rechtsgeschäft p 609; HÖNN Kompensation p 24). Tampoco, por las mismas razones, es correcta la afirmación de LACRUZ (Elementos II-20 pp 20-21) en el sentido de que no haya libertad para el vendedor porque tenga que adaptar sus precios a los de la competencia.

⁸² Vid F. RITTNER "über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb" 188 AcP (1988) pp 101-139.

⁸³ RITTNER 188 AcP (1988) pp 122-123.

4. Debe descartarse, consecuentemente, que para que exista autodeterminación sea necesario bien que no exista una desigualdad económica notable entre las partes⁸⁴ o que ambas partes participen en la elaboración del contenido del contrato, es decir, es falso que la existencia de autodeterminación contractual venga determinada, a su vez, por la existencia de negociación⁸⁵. Esta concepción ha sido denominada gráficamente teoría del bazar o del zoco⁸⁶ y ha pasado -al menos en cuanto a la nomenclatura- a la ley alemana de condiciones generales en su § 1.2. Dicho precepto excluye del ámbito de aplicación de la ley a las condiciones predispuestas "que hayan sido negociadas en particular". Esta "teoría del bazar" no da en el núcleo de la cuestión. Tienen razón, por tanto, autores tradicionales como García Amigó cuando afirman que el hecho de que una de las partes establezca el contenido del contrato en su totalidad y la otra parte lo acepte

⁸⁴ Como se asume en muchas exposiciones generales. Por ejemplo, LACRUZ Elementos II-29 p 20.

⁸⁵ Concepción muy extendida en materia de condiciones general. Vid, como muestra LARENZ Derecho justo p 80 "la imposibilidad de discusión de las condiciones generales hace que el adherente no se encuentre en posición de imponer aquello que considere imprescindible para su interés".

⁸⁶ E. SCHMIDT "Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz" JuS 27 (1987) p 929: quien habla del cambio de paradigma de "la negociación individual a la oferta en serie"; desde el análisis económico vid. la crítica a la teoría del bazar en M. ADAMS "Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung der AGB" (Diskussionsbeiträge des Volkswirtschaftlichen Instituts der Universität Bern) Berna 1983, p 6.

en bloque no significa que no haya existido autodeterminación⁸⁷. Como ha señalado Schmidt-Rimpler, la posibilidad de autodeterminación no depende de la diferencia de poder contractual entre los cocontratantes ni de "que el contrato se negocie... sino que basta con que existiendo precios y condiciones fijas, el oferente tenga que contar con la reacción de los demandantes en el sentido del mecanismo del contrato y que deba adaptar su oferta a lo que éstos demandan"⁸⁸.

Por lo tanto, debe sustituirse la idea de negociación por la existencia de opciones alternativas y transparentes. Hay que pasar del bargaining al

⁸⁷ GARCIA AMIGO Condiciones p 95; pp 171-172. Tb así A. SCHULER über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Berna 1978 pp 139ss. Estos autores, sin embargo, no tienen en cuenta que en el caso de las condiciones generales, no es sólo que no haya existido negociación, lo cual según hemos señalado en el texto no es un requisito imprescindible para afirmar que estamos ante un acto de autodeterminación, sino que, como inmediatamente veremos, tampoco hay selección por parte de los adherentes, selección que sí existe en relación con los precios de las prestaciones fijado también unilateralmente por los oferentes, por lo que no puede afirmarse que éstos al adherirse estén ejercitando su libertad contractual. Ni siquiera, como pretende Schuler, una "Verminderte Privatautonomie" (p 139ss esp. p 141). De aquí también que la crítica de KRAMER 188 AcP (1988) p 425-426 contra Pflug acusándole de mantener una "unhaltbar statische, ahistorische Ideal- bzw. Retortenfigur des Vertrags, nämlich den in allen Punkten ausgehandelten Einzelvertrag... völlig wirklichkeitsfremd" parece exagerada.

⁸⁸ SCHMIDT-RIMPLER Festschr. Raiser p 14; en el mismo sentido ZÖLLNER 176 AcP (1976) pp 235-236; vid tb. LARENZ Derecho justo pp 78-79. Piénsese que cuando el Estado trata de garantizar la "libre elección" de los consumidores obligan en muchos casos a los oferentes a realizar propuestas "a precio fijo". Un ejemplo claro lo constituyen las recientes disposiciones en materia de comisiones bancarias.

shopping⁹⁹.

Nadie discutiría que si A adquiere un vehículo de la marca X a un precio ;fijado unilateralmente por el vendedor!, realiza un acto de autodeterminación aún cuando acepte sin más la propuesta del vendedor, porque podría haber optado por renunciar a contratar con dicho vendedor y dirigirse a sus competidores. El vendedor, por su parte, tiene que contar con esta posibilidad y adaptar sus precios y calidades a los de los competidores. El mero hecho de tratarse de una actuación voluntaria (la celebración del contrato por parte del cliente) junto con la existencia de alternativas en el mercado que hacen que sea razonable exigir a A que, si no está de acuerdo con las condiciones del vendedor, renuncie a celebrar dicho contrato y se dirija a la competencia, hace que si A celebra el contrato, el ordenamiento pueda considerar que dio su consentimiento en el sentido más pleno de la palabra y esté a las consecuencias del mismo. La existencia de negociación, de "lo toma o lo deja" es irrelevante.

Obviamente la existencia de negociación puede ser prueba de la existencia de autodeterminación, lo único que se afirma es que no es un requisito ni necesario ni suficiente para afirmar la existencia de autodeterminación. Es más, las negociaciones, en la medida en que suponen un coste, pueden no existir precisamente en aquellos mercados más competitivos, donde por tanto, la "soberanía del consumidor" y la autodeterminación de los particulares puede considerarse mejor garantizada⁹⁹.

5. De lo expuesto, debería deducirse que la imposición de condiciones generales por el predisponente al adherente no afecta a la libertad contractual de éste último, ya que siempre tendría la opción de renunciar a contratar y acudir a los competidores que ofrezcan mejores condiciones, con lo que aquellos predisponentes que ofrezcan condiciones generales "malas" perderán su clientela a favor del que las ofrece mejores y se verán obligados a variarlas recogiendo las preferencias de los

⁹⁹ Sobre el "shopping", vid. sobre todo, RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) pp 1228-1229 y 1250ss.

⁹⁹ Vid ADAMS Ökonomische Analyse pp 6-7.

adherentes⁹¹. De ahí, que algunos autores contractualistas tradicionales hayan afirmado que el cliente carece de libertad contractual sólo cuando el predisponente se encuentra en una posición de monopolio y a los clientes no les queda más alternativa que aceptar las condiciones generales o renunciar a obtener el bien o servicio de que se trate⁹².

Esta tesis del "monopolio" no es correcta, y trataremos de comprobarlo a continuación aplicando el "test" que hemos expuesto en la páginas anteriores. Según hemos visto, un acto de aceptación voluntario debe considerarse producto de la autodeterminación cuando el aceptante tenía a su disposición como alternativa a la celebración del contrato aceptando las condiciones impuestas por la otra parte, la renuncia a contratar con dicho empresario y en tales condiciones. Afirmábamos también que tal renuncia es razonable por la posibilidad de acudir a los competidores. Veíamos, por tanto, que la garantía de que el acto voluntario era también libre dependía no sólo del cliente individual sino del mercado concreto, de si en el mismo existía competencia efectiva como para que los oferentes tuvieran que adaptarse a las preferencias de los clientes.

La pregunta es: ¿es el "mercado" de las condiciones

⁹¹ Esta es la llamada "explicación inocente" de las condiciones generales que puede leerse en POSNER Economic Analysis of law Boston-Toronto³ 1986 p 102. La recoge PAZ-ARES ADC 1981 pp 677-678).

⁹² GARCIA AMIGO Condiciones p 170, 172-174; en la doctrina alemana vid. W. GRUNSKY "Allgemeine Geschäftsbedingungen und Wettbewerbswirtschaft" BB (1971) pp 1113-11118 esp pp 1116-7.

generales competitivo? ¿controla el mercado la "calidad" de las condiciones generales? La respuesta es negativa: el mercado no controla las condiciones generales porque los adherentes, a diferencia de lo que ocurre con las condiciones contractuales en contratos individuales, no basan su decisión de contratar o no, en el contenido de las condiciones generales. De este modo, al no afectar éstas a su decisión de con quién contratan, los predisponentes no se ven obligados a modificarlas en beneficio de sus clientes porque no pierden clientela al no hacerlo³³.

En efecto, constituye un lugar común iniciar las exposiciones sobre las condiciones generales señalando que los adherentes no se molestan en leer las que firman, sino que se concentran en los elementos esenciales del contrato y renuncian a examinar el contenido de las accesorias. Es decir, los adherentes como "tipo" de contratante no introducen entre las variables que influyen en su decisión de contratar, el contenido de las condiciones generales³⁴. Dicha actitud

³³ Por los argumentos que se expondrán a continuación, debe rechazarse igualmente la idea de que existe una relación estrecha entre monopolio y utilización de condiciones generales. La posibilidad de imponer las propias condiciones generales al otro contratante es independiente absolutamente del hecho de que el que las utiliza ostente una posición de monopolista en el mercado. Vid, por todos, TREILBOCK "An economic approach to unconscionability" en Studies in contract law apud BEALE/BISHOP/FURMSTON Contract: cases and materials Londres 1985 p 586.

³⁴ Que este comportamiento está en la base de que las condiciones generales constituyan un "problema" lo subrayan KLIEGE Rechtsprobleme pp 27-28; RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1228; y lo había reconocido ya L. RAISER "Vertragsfreiheit heute" JZ (1958) p 7; contra

es, además racional desde un punto de vista económico⁹⁵.

Las razones fundamentales de ello, pueden resumirse del siguiente modo: los costes que para el consumidor entraña la obtención de la información necesaria para adoptar una "decisión racional" respecto a las condiciones generales, seleccionando entre la existentes en el mercado, superan las eventuales ventajas (en forma de condiciones de mayor "calidad") que se derivarían de tal actividad. En efecto, para que el consumidor realice una selección de las condiciones generales en el mercado optando por las "mejores" es necesario que invierta tiempo y dinero en leerlas, compararlas con las de la competencia y decidirse por una de ellas. Todo ello debe hacerlo teniendo en cuenta el precio de la prestación que se ofrece. Si, como ocurre, las condiciones generales están redactadas en un lenguaje complicado, estos costes aumentan y pueden llegar a ser proporcionalmente muy elevados si el valor del bien es pequeño. Si a ello añadimos que el contenido habitual de las condiciones generales se refiere a

WOLF Entscheidungsfreiheit pp 15-16 que insiste en la diferencia de poder económico como causa del problema de las condiciones generales injustas. Como veremos, de este incorrecto enfoque -que recoge Wolf de la doctrina tradicional de Raiser- se desprenderá una inadecuada generalización del principio recogido por Wolf de la regulación de la intimidación que es fundamental en la argumentación positiva de sus posiciones. Correctamente, también A. SCHULER Grund und Grenzen Bern 1978 p 22:

⁹⁵ Vid para esto y lo siguiente PAZ-ARES ADC 1981 pp 678-679; KÖTZ Gutachten P 31; RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) pp 1227-1228; ADAMS ökonomische Analyse pp 8-9; KLIEGE Rechtsprobleme pp 27-28.

supuestos de hecho cuya realización efectiva es poco probable que se produzca, y que los consumidores, en general carecen de la formación adecuada para calibrar adecuadamente dichos riesgos ("esto no me pasará a mí"), podemos llegar a la siguiente conclusión: los costes asociados a la lectura, comprensión, comparación de las condiciones generales existentes en el mercado supera las eventuales ventajas que de dicha actividad podrían derivarse en forma de mejores condiciones generales⁶⁶. Por lo tanto, los adherentes, en general no seleccionan (no hacen "shopping") entre las condiciones generales y ello hace, como veíamos, que los predisponentes no se vean abocados a mejorarlas. Estos concentrarán la competencia entre ellos en aquellos elementos del contrato que sí son tenidos en cuenta por los clientes a la hora de decidir si contratan o no: singularmente el precio y la calidad "económica" del bien o servicio⁶⁷. Es más, si se trata de un mercado donde existe una intensa competencia, los empresarios tratarán de reducir

⁶⁶ Vid los autores citados en la nota anterior, especialmente PAZ-ARES y ADAMS.

⁶⁷ Lo que suele formularse afirmando que las limitaciones de información (de los clientes) remueven las ventajas concurrenciales que provocaría una disminución del precio, por lo que los empresarios no se ven obligados por la competencia a reducirlos (PAZ-ARES ADC 1981 p 679). Una exposición detallada de cómo una defectuosa información en el mercado impide la consecución de los efectos de la competencia en el caso de las condiciones generales puede verse en ADAMS ökonomische Analyse p 10-11. En general, una aproximación de conjunto a los problemas de los mercados con información imperfecta y la intervención del Derecho que resulta necesaria puede verse en M. CAVE "Market models and consumer protection" Journal of Consumer Policy 8(1985) pp 335-351.

costes -para poder competir en el precio- en aquellas condiciones contractuales que no son tenidas en cuenta por los consumidores a la hora de contratar, con lo que concluiríamos no sólo que no es un problema de monopolio, sino que precisamente, una competencia muy intensa puede provocar "peores" condiciones generales**.

Así las cosas, no puede esperarse razonablemente de un adherente concreto que renuncie a contratar cuando las condiciones generales no le gusten y que trate de buscar mejores en el mercado, porque tal conducta sería irracional económicamente. La selección sólo protege si es una actividad extendida**. Lo racional es concentrar la selección en los elementos esenciales del contrato y renunciar a fiscalizar las condiciones generales. La

** Vid. RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1227; ADAMS Ökonomische Analyse pp 10-11; TREILBOCK Studies apud Beale/Bishop/Furmston Contract: cases and materials p 586. La competencia puede mejorar las condiciones generales sólo respecto a aquellas cláusulas que los consumidores tienen en cuenta a la hora de contratar. Ello ocurre singularmente con las garantías: los empresarios pueden tratar de conseguir que las mismas sean tenidas en cuenta a la hora de contratar y para ello "sacan" las correspondientes cláusulas de las condiciones generales y las comunican en publicidad, lo cual es la mejor prueba de que no esperan que los adherentes lean las condiciones generales (vid RAKOFF ibidem. Erroneamente, por tanto, GRUNSKY BB (1971) p 1117; y ZÖLLNER AcP 176(1976) quien tras reconocer el efecto negativo que sobre la "calidad" de las condiciones generales puede tener una competencia intensa, señala, sin embargo, que el efecto de la competencia es "ambivalente" y como prueba alega -como Grunsky- el caso de las garantías de automóviles. Vid por qué las empresas "mejoran" dichas garantías en RAKOFF ibidem nota 192: "inasmuch as warranty costs are future costs, competing by means of offering extended or improved warranty terms may have special appeal to a manufacturer with immediate cash-flow problems".

** RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1229; CAVE Journal of Consumer Policy 8(1985) pp 337-338.

consecuencia para el régimen jurídico "correcto" será como veremos, la insuficiencia de aquellos instrumentos que pretendan elevar el nivel de información de los consumidores para estimularles a tener en cuenta a la hora de contratar las condiciones generales¹⁰⁰

Esta falta de control del mercado, provoca por tanto, asignaciones ineficientes de los recursos, en contra de la función que según vimos, corresponde al contrato en una economía de mercado, como puede comprobarse a través del siguiente ejemplo: Cayo, ganadero, puede vender la leche de sus tres vacas a Ticio o a Sempronio. Ticio le ofrece 500 pts por cántara y Sempronio 495. Sin embargo, Ticio utiliza unas condiciones generales en las que entre otras muchas cosas se establece que sólo se admitirá que un 1% de la leche entregada esté en mal estado sin rebaja en el precio. Sempronio, en sus condiciones generales admite un 5%. Si Cayo no conoce las cláusulas de uno y otro o si valora equivocadamente el riesgo de que parte de su leche esté en mal estado, venderá a Ticio aún cuando realmente Sempronio le ofrece un mejor precio¹⁰¹.

Como conclusión, puede afirmarse que la renuncia a contratar por causa del contenido de unas condiciones generales determinadas no es una alternativa razonable a la celebración del contrato sometándose a las mismas, y por tanto, no puede afirmarse que el adherente, al aceptar las condiciones generales esté realizando un acto de autodeterminación.

Podría afirmarse, por tanto, que, en el caso de las condiciones generales estamos jurídicamente ante un vicio del consentimiento por analogía, esto es, la adhesión no sería sino un consentimiento viciado. En efecto, la presencia de un vicio del consentimiento hace que actos voluntarios no vinculen al que ha sufrido el mismo, precisamente porque no se consideran por el ordenamiento actos producto de la autodeterminación. La

¹⁰⁰ Vid infra § 12. Este aumento de la "conciencia de los consumidores" aumentando la información disponible en el mercado fue la solución propuesta por GRUNSKY BB (1971) p 1117.

¹⁰¹ Precio de Ticio $500 \times 1/100 + 500 = 505$; Precio de Sempronio $495 \times 5/100 + 495 = 515,75$.

idea consistiría en extender con carácter general dicha consecuencia a aquellos contratos que -como en el caso de las condiciones generales- se han celebrado voluntariamente pero en los que no se da el marco competitivo presupuesto por el legislador. Diríamos que se trata de averiguar si la inexistencia de competencia provoca un "vicio del consentimiento" por analogía. Esta posibilidad es, precisamente, la que negaba la doctrina contractualista tradicional cuando afirmaba que aunque en el caso de la adhesión había un "vicio del consentimiento", éste carecía de relevancia suficiente como para fundar el otorgamiento de una acción de anulabilidad al adherente. Esto, en realidad, es lo que afirmaban Ossorio y De Castro al señalar que el consentimiento del adherente se presta bajo una coacción implícita que a pesar de su importancia es insuficiente para impugnar el contrato²⁹². La respuesta, aún en el caso de que fuera posible, no puede ser sin embargo, tan sencilla como trasladar las reglas sobre vicios del consentimiento a la adhesión a condiciones generales. Por dos razones.

a) La primera porque las reglas sobre vicios no están pensadas para supuestos de monopolio en el mercado, sino para casos en los que el mecanismo de mercado no ha podido funcionar en un caso concreto a causa de circunstancias (error, intimidación, dolo...) en ausencia de las cuales el sujeto puede decidir libremente. Por lo tanto, no pueden extenderse a los casos en los que -como ocurre con las condiciones generales- el mercado no funciona en general. La razón es bastante sencilla: en los casos de vicios del consentimiento, las circunstancias concretas (o típicas) en las que se celebró el contrato eliminan la posibilidad de que el contratante adopte una "decisión racional", pero de no haber existido tales circunstancias -y por tratarse de un mercado en el que en otro caso, la competencia hubiera funcionado- el sujeto hubiera podido adoptar una decisión libre ("racional"). Por tanto, el Derecho limita su intervención a desvincular al sujeto para que, ahora ya "libremente" pueda decidir si le interesa vincularse y en qué condiciones quiere hacerlo. Con ello se atiende al carácter del mercado como "fuente de información de los deseos de los individuos". Por el contrario, en los supuestos en que se produce una situación de monopolio (por inexistencia de competidores relevantes o por defectos de información) la solución de la anulabilidad

²⁹² decir, la doctrina contractualista tradicional, aunque admita que el fundamento del reconocimiento de la autonomía privada está en la libertad de los sujetos y que esta idea "orienta" el Derecho positivo, niega que fuera de los casos expresamente previstos, éste dé relevancia a la ausencia de libre determinación en punto a la validez de la declaración voluntariamente emitida.

y la "desvinculación" no es la adecuada, porque aunque se libere al sujeto de la vinculación, no va a poder adoptar una "decisión racional" con posterioridad, porque no va a poder seleccionar entre las ofertas existentes en el mercado: simplemente porque no existen. En el caso de los vicios del consentimiento, el que ha sufrido el vicio, al quedar libre de su vinculación y celebrar de nuevo el contrato en otras condiciones contribuye a la formación de los precios y de las condiciones en el mercado; en el caso de las condiciones generales, verbigracia, dado el funcionamiento defectuoso del mercado que hemos tratado de demostrar, el cliente, declarado libre de su vinculación, no podría adoptar, posteriormente, una decisión que contribuyera a la determinación de la "calidad" de las condiciones generales.

b) En segundo lugar, porque con ello no explicaríamos por qué el Derecho positivo declara válidas las condiciones generales que no son abusivas y no establece -como sería coherente- una acción de anulabilidad a favor del adherente en todo caso, puesto que la existencia de lesión no es necesaria para permitir la impugnación de los contratos anulables (art. 1300 CC).

6. Resumamos las conclusiones a las que hemos llegado hasta ahora:

a) El reconocimiento por el Estado de la validez de los acuerdos entre particulares se basa en general en que éstos son producto de la autodeterminación de los mismos.

b) El ordenamiento presupone que los contratos se celebran en un marco competitivo lo que garantiza que la celebración voluntaria de los mismos suponga además su realización libre.

c) De acuerdo con los dos puntos anteriores, para decidir si un contrato ha sido aceptado en un acto de autodeterminación, debe atenderse a si la renuncia a contratar seleccionando entre las diversas ofertas existentes en el mercado era una alternativa razonablemente disponible frente a la aceptación de la

celebración del contrato. El carácter razonable de la renuncia viene garantizado por la existencia de la posibilidad de elección que, a su vez, ofrece el tratarse de un mercado competitivo.

d) En el caso de las condiciones generales, la aceptación de las mismas por el adherente no puede considerarse un acto de autodeterminación porque no es razonable exigir al adherente que renuncie a contratar sometándose a unas condiciones generales y compare entre las distintas existentes en el mercado porque tal actitud sería irracional económicamente.

e) Por lo tanto, la calificación de la adhesión a condiciones generales como consentimiento contractual que realiza la doctrina contractualista es errónea, con lo que no puede basarse la validez de las condiciones generales en la libertad contractual.

7. La incorrección del fundamento contractualista de la validez de las condiciones generales se demuestra también a partir de los mecanismos de control propuestos por sus defensores. Estos, una vez justificado el carácter de "meras cláusulas contractuales" de las condiciones generales ponen de manifiesto los peligros para los adherentes que van asociados al empleo de condiciones generales, y se esfuerza en proponer mecanismos de control de su contenido. Dado que las condiciones generales son, en su concepción, producto de la autonomía privada, el control no puede venir mas que mediante el establecimiento de límites a la autonomía

privada no previstos expresamente por el legislador, lo que les obliga a recurrir a las cláusulas generales (buena fe, buenas costumbres, renuncia a la ley etc). Veamos las propuestas concretas. Estas son tres: la doctrina del interés público (RAISER); la doctrina de los límites inmanentes de la autonomía de la voluntad (DE CASTRO) y la doctrina del monopolio (GARCIA AMIGO).

a) La aportación de Raiser que más influyó en la doctrina y la jurisprudencia posteriores es, en efecto, su afirmación de que las condiciones generales deben ser controladas por los tribunales porque el empleo de condiciones generales abusivas atenta contra un interés público¹⁰³ y por tanto, constituye no un ejercicio de la libertad contractual sino un abuso de la misma. Para Raiser, el empleo de condiciones generales abusivas afecta a un interés público porque el reparto injusto de deberes y derechos perjudica, no a un sujeto individual, sino a una masa de contratantes. A esto lo denomina tipicidad de las condiciones generales¹⁰⁴, por lo que cuanto más amplia sea la utilización de las mismas, más estricto habrá de ser el control del contenido, del mismo modo que cuanto más vital y necesario sea el producto o servicio¹⁰⁵. Como medida de control, Raiser, como más tarde De Castro, propone el

¹⁰³ Vid. RAISER Das Recht p 283.

¹⁰⁴ "cuanto más amplio es el círculo de clientes a los que se dirigen las condiciones generales más fuerte es el interés público en su contenido" (RAISER Das Recht p 286).

¹⁰⁵ RAISER ibidem p 287.

derecho dispositivo.

b) De Castro, por su parte, tratará de encontrar el criterio general que permita declarar ineficaces las cláusulas abusivas en la doctrina de los límites inmanentes de la autonomía de la voluntad. Haremos, en primer lugar, una exposición crítica de los argumentos singulares aducidos por De Castro, para concluir con una crítica general aplicable tanto a ésta como a la doctrina del interés público.

aa) El primero de los argumentos utilizados por De Castro para justificar la teoría de que la autonomía privada tiene límites inmanentes a parte de los genéricos (1255 CC), es de orden histórico. De Castro, en efecto, apoya su planteamiento recordando la nutrida serie de límites a la autonomía privada que registra la Historia, desde Roma a la Codificación¹²⁶⁶. Tal argumentación, nos parece, es escasamente convincente. De libertad contractual en el sentido de ausencia de límites estatales específicos a la determinación por las partes del contenido del contrato no puede hablarse con propiedad hasta la época liberal. Con anterioridad no existe la autonomía privada en su sentido contemporáneo por lo que los ejemplos de limitaciones o restricciones en el Antiguo Régimen carecen de fuerza argumentativa para explicar su subsistencia con posterioridad a los Códigos. Esto es opinión generalizada por lo que no nos detendremos sobre ello¹²⁶⁷.

¹²⁶⁶ DE CASTRO ADC (1961) pp 324-329.

¹²⁶⁷ Vid. A. MENENDEZ "Autonomía económica liberal y Codificación mercantil española en Centenario del Código de Comercio. Vol I Madrid 1986 pp 58-59: "en rigor, sólo en la época liberal cabe hablar de <<autonomía de la voluntad>>. Con anterioridad se observa... el lugar muy limitado del contrato en el Antiguo Régimen... Sólo en el contexto constitucional del liberalismo se percibe la libertad contractual en su doble aspecto: libertad de formación o perfección del contrato algo que ya existía ampliamente antes, y libertad de configuración o fijación del contenido del contrato que es donde reside la novedad: el individuo puede construir las relaciones jurídicas como mejor le convenga porque de acuerdo con la doctrina liberal <qui dit contractuel, dit juste>; vid tb. M. WOLF Entscheidungsfreiheit pp 8-9; KILLIAN "Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem" ACP 180

bb) El centro de la argumentación de De Castro se encuentra en la "revalorización" del Derecho dispositivo, para lo cual, reacciona contra la concepción "estrecha y simplista" que reduce el significado del Derecho dispositivo al de ser un mero suplente de la autonomía privada. De Castro, apoyándose en la doctrina alemana¹⁰⁰, en efecto revaloriza el Derecho dispositivo considerando que

"las normas que regulan los contratos y cada tipo de contrato, no son dadas para auxilio de descuidados o desmemoriados, supletorias o adivinatorias de sus voluntades, sino que manifiestan la regulación normal y que por tanto tienen un cierto carácter imperativo; son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tiene una <función ordenadora> por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente"¹⁰¹.

(1980) p 48; contra el propio De CASTRO Negocio p 14: La argumentación histórica de De Castro tiene, sin embargo, interés, en cuanto pone de manifiesto una preocupación expresada en el Código Civil por garantizar que la renuncia a los derechos eran efectivamente producto de la voluntad del sujeto perjudicado por tal renuncia, como tendremos ocasión de ver al referirnos a las cláusulas sorprendentes y la existencia de un principio de base semejante en nuestro Código Civil que permitiría explicar muchas de sus normas.

¹⁰⁰ En clara referencia a Raiser para quien, como para De Castro, el Derecho dispositivo debe ser el instrumento para medir el carácter "atentatorio contra intereses públicos" del contenido de unas condiciones generales. Raiser reivindica también el valor del Derecho dispositivo como auténtico "Derecho" en el sentido de "objetivación de la idea de Derecho en una comunidad" RAISER Das Recht p 293.

¹⁰¹ DE CASTRO ADC (1961) pp 333-334. Por su parte, Raiser, para delimitar las derogaciones admisibles e inadmisibles había utilizado la distinción clásica entre normas del Derecho dispositivo con mayor o menor contenido de justicia y si la derogación viene justificada por la función de racionalización de las condiciones generales o tiene la finalidad de reforzar el poder del empresario RAISER Das Recht p 296.

Por ello, concluye, la derogación de las normas dispositivas sin justificación constituye una renuncia a la ley inadmisibles.

Respecto a la prohibición de la renuncia a las leyes como límite a la autonomía de la voluntad recogida en el Código Civil con anterioridad a la reforma de 1974 y posteriormente en el nuevo art. 6.2 como "exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos", es más que dudoso que con ello se prohíba que las partes de libre y común acuerdo desplacen el Derecho dispositivo con o sin justificación "objetiva". La norma del art. 6.2 CC lo prohíbe -aún cuando entendiéramos con la doctrina mayoritaria que las leyes a las que hace referencia son también las leyes dispositivas¹¹⁸- sólo cuando exista un interés público o se contraría "el orden público" o se perjudique a terceros, y no vemos, francamente que la norma añada algo a los principios generales que limitan el ejercicio de la autonomía privada. En todo caso, el art. 6.2 CC en su formulación actual no puede traerse a colación para apoyar la posición de De Castro, porque este autor no funda el control de las condiciones generales en el interés público. Si que cabría utilizarlo en el marco de la tesis de Raiser, quien, como vimos entiende que la derogación sistemática del Derecho dispositivo en condiciones generales por su "tipicidad", esto es, porque la misma no afecta sólo a un contratante individual, sino a una masa de adherentes, afecta al interés público, pero como veremos para De Castro, el hecho de que una cláusula abusiva se encuentre en condiciones generales o en acuerdos individuales resulta irrelevante.

La crítica de la concepción de De Castro del Derecho dispositivo ha sido expuesta por García Amigo de

¹¹⁸ Vid. referencias en AMOROS GUARDIOLA "Comentario al art. 6.2" en Comentarios a las reformas del Código Civil Vol I Madrid 1977 pp 302-303, quien sin embargo y aparentemente (vid. pp 305-307) se inclina por considerar que la referencia al orden público en el precepto debe entenderse hecha a "normas de derecho imperativo... de modo que bastaba el reconocimiento de ese carácter imperativo para impedir su sustitución contractual. Y no hacía falta acudir al interés público como límite del acto de exclusión para conseguir por esta vía imprecisa los mismos efectos" (p 307). Respecto al perjuicio de terceros ("en la medida en que esta desafortunada expresión legal pueda encajar en un caso de la vida real" p 312), por tercero debe entenderse en todo caso "quien no es parte en el acto o contrato de que se trate" (ibidem).

modo suficiente. Recuerda este autor que el hecho de que el Derecho dispositivo tenga valor normativo-contenga una regulación "justa"- no es óbice para que se reconozca que tales normas "pasan a regular las singulares relaciones contractuales... en el caso de que no haya una voluntad contractual opuesta... y ello porque el criterio establecido por las partes en su negocio... goza de primacía sobre aquellas"¹¹¹. En este sentido, De Castro trastoca la jerarquía de valores del legislador al hacer prevalecer la "justicia" sobre la "libertad", en ámbitos donde el legislador reconoce que es la libertad de las partes la que debe decidir la regulación. Como hemos expuesto anteriormente, "la autonomía privada como acto de autodeterminación no necesita una justificación ulterior. Este, y no otro, es el sentido de la expresión -exquisitamente liberal-

¹¹¹ GARCIA AMIGO Condiciones pp 246-247 contra CLAVERIA RDP (1979) p. 681. Por su parte, Raiser justifica la prevalencia del Derecho dispositivo sobre las condiciones generales recurriendo a la comparación entre las condiciones generales y los usos del tráfico, los cuales también ceden ante el Derecho dispositivo. En concreto se apoya en quienes afirman que el Derecho dispositivo, en distinta medida según el contenido de justicia de la norma concreta, podía ser derogado por un acuerdo individual pero no por un uso. A Raiser tal consideración le parece seductora y perfectamente trasladable a las condiciones generales. (Vid. RAISER ibidem p 294). La comparación con los usos del tráfico no parece aceptable en nuestro Derecho porque mientras la ley establece expresamente la prevalencia de la norma legal sobre la consuetudinaria (vid art 1.3 CC) recoge asimismo la prevalencia de las reglas dictadas en el ejercicio de la autonomía privada sobre el Derecho dispositivo (art. 1255 CC). Si la prevalencia no debe aplicarse en el caso de las condiciones generales tiene que ser porque no son producto de la autonomía privada, por lo que no puede afirmarse simultáneamente el carácter contractual de las mismas.

"qui dit contractuel, dit juste" o "volenti non fit iniuria": expresar la renuncia del ordenamiento a someter los actos libremente realizados por los particulares a un examen de su "justicia" con arreglo a criterios generales. De Castro adopta una actitud poco respetuosa con la concepción de los códigos -y la actual- al exigir una justificación a la derogación del Derecho dispositivo. A ello viene obligado por haber considerado como consentimiento un mero acto voluntario como es la adhesión a condiciones generales, en el que no hay asomo de libertad: una concepción formal del consentimiento conduce a consecuencias que no pueden ser encajadas sin fricciones en el sistema.

En efecto, la existencia de un contenido contractual equilibrado en cada contrato concreto, se garantiza, según hemos visto, no por medio del Derecho dispositivo, sino por la libertad de los contratantes para celebrar o no el contrato en esas condiciones y en caso negativo para seleccionar otros contratantes y otras condiciones. Pero si afirmamos que para considerar que hay consentimiento (y por tanto autonomía privada del que consiente) basta con que el contratante acepte sin violencia, intimidación, dolo o error, la probabilidad de que el contenido del contrato sea justo desaparece y, por ello, para garantizar la misma, es necesario negar la legitimidad de los particulares para derogar el derecho dispositivo. Esta -y la concepción de la autonomía privada que le subyace- es la objeción de fondo a la doctrina de De Castro y mutatis mutandis a la

de Raiser: en lugar de reconocer que el adherente no ha ejercitado su autonomía al aceptar las condiciones generales, y que, consiguientemente, éstas no le son oponibles, se da por existente el consentimiento contractual y se niega a los particulares, poder para derogar el Derecho dispositivo sin justificación. En otras palabras en lugar de decir que el Derecho dispositivo sólo puede ser derogado por la autonomía privada pero que no hay autonomía privada (bilateral) en el caso de la adhesión a condiciones generales, y por tanto que la derogación del Derecho dispositivo no es admisible, se dice que la autonomía privada no puede derogar el Derecho dispositivo. Esta consecuencia es claramente contradictoria con los principios del ordenamiento porque cuando éste quiere negar a los particulares poder para derogar una norma, afirma expresa o tácitamente que esa norma es imperativa¹¹².

Este planteamiento, a nuestro juicio erróneo, lleva a De Castro a consecuencias que nos parecen muy difíciles de aceptar. Entre ellas debe destacarse la de no establecer ninguna diferencia sustancial entre condiciones generales y acuerdos individuales en lo que hace al juicio de validez o nulidad de una cláusula. Raiser afirmaba la existencia de un interés público en que las condiciones generales tuvieran un contenido equilibrado, precisamente por el hecho de que se apliquen a una gran cantidad de contratos. A diferencia de ello, para De Castro "la invalidez de una cláusula puede darse lo mismo en el caso de estar contenida en un contrato individual que en el de encontrarse en unas condiciones generales"¹¹³ "en este sentido -prosigue-

¹¹² Estas objeciones no son aplicables a las teorías normativistas clásicas. Así, GARRIGUES puede afirmar la ineficacia de las condiciones generales de la contratación (que ha calificado como usos) cuando "sin saberlo el cliente de la empresa derogan las disposiciones del Cc o del C de c" (J. GARRIGUES Curso pp 111-112).

¹¹³ DE CASTRO ADC 1961 p 337.

tienen razón quienes observan que es injusto dar distinto trato a unas mismas cláusulas sólo por estar insertas en unas condiciones generales"¹¹⁴ y ello a pesar de que había reconocido que las situaciones de partida en un contrato individual y en un contrato conforme a condiciones generales no son idénticas como lo demuestra que -en una clara referencia al efecto de ocultamiento que provoca el empleo de condiciones generales- afirme que "se ha observado que condiciones de las que se avergonzaría un comerciante de proponerlas individualmente se disimulan en el fárrago de unas condiciones generales"¹¹⁵.

c) Por último, como mecanismo de control de las condiciones generales se propuso por García Amigo, la prohibición del abuso de posición dominante recogida en la legislación sobre prácticas restrictivas de la competencia, pretendiendo que las condiciones generales sólo resultan peligrosas cuando el que las utiliza es un monopolista. Esta concepción es profundamente criticable, como hemos visto. Ahora baste añadir que de la misma no se desprende en absoluto lo que de específico tiene el Derecho de las condiciones generales. Si la razón por la que se justifica el

¹¹⁴ DE CASTRO ADC 1961 p 337 nota 164. En el mismo error que De Castro, incide hoy A. CABANILLAS Las cargas p 349 con una referencia errónea al § 4 AGB-G. Según Cabanillas: "La AGB-Gesetz alemana separa de su regulación los individuelle Vertragsabreden (§4) mas ello no puede significar que tales pactos (los acuerdos individuales) sean válidos cuando contraríen a la regla general de § 9 de la ley (que establece al igual que el art. 10.1 c) LCU el límite de la buena fe para la validez de las condiciones generales) ya que estarán en contra de la norma contenida en el § 138 BGB". La equiparación que hace Cabanillas es insostenible. El § 138 BGB recoge, como nuestro art. 1255 CC el límite de las buenas costumbres y en su parr. segundo la nulidad de los contratos usurarios. La exclusión del ámbito de aplicación de la AGB-G de los acuerdos individuales se encuentra en el § 1 donde se recoge la definición legal de condiciones generales. El legislador alemán era muy consciente de que condiciones generales y acuerdos individuales no pueden tener los mismos límites de validez y establece para las primeras el que su contenido sea equilibrado según el modelo del Derecho dispositivo y para los segundos -además de otros- el de las buenas costumbres que no es mas que un límite genérico a la autonomía privada para casos muy concretos. Por lo tanto, no se puede equiparar ambos preceptos afirmando que un acuerdo individual que sea contrario a la buena fe por derogar el Derecho dispositivo sin justificación, es también contrario a las buenas costumbres o usurario.

¹¹⁵ DE CASTRO ADC 1961 pp 319-320.

control de las condiciones contractuales es que el predisponente detenta una posición monopolística en el mercado, el problema no son las condiciones generales, sino el monopolio y por tanto, debería aplicarse el control con independencia de que se trate de condiciones generales o de acuerdos individuales.

8. En relación con las cuestiones que aquí se han discutido, puede afirmarse que la jurisprudencia se ha caracterizado por las siguientes dos notas: Primero, porque ha sido una jurisprudencia contractualista en sentido estricto y tradicional; segundo, porque ha sido una jurisprudencia "correctora" pero sin carácter sistemático y claro tanto respecto a los instrumentos de control del contenido como a los criterios para determinar la validez de las cláusulas¹¹⁶.

a) Carácter contractualista. Para afirmar que nuestro TS ha optado por considerar las condiciones generales como cláusulas contractuales suele citarse la S. de 12 de marzo de 1957 (Ar 753)¹¹⁷ en la que el TS afirmó que los contratos de adhesión eran verdaderos

El estudio de la jurisprudencia española sobre condiciones generales presenta algunas dificultades previas que conviene reseñar. En primer lugar, el TS no ha utilizado generalmente esta noción sino la de contratos de adhesión, lo que no deja de tener consecuencias porque ello le ha llevado a examinar únicamente si el contrato de adhesión podía considerarse o no como un contrato, respecto de lo cual, a nuestro juicio no deben quedar dudas. En segundo lugar, en las sentencias que analizan cláusulas concretas no se aclara si se trata de una condición general o un acuerdo individual, lo que sesga el análisis en cuanto hay que remitirse a las sentencias sobre aquellos contratos típicamente celebrados conforme a condiciones generales, señaladamente el seguro.

¹¹⁷ Así, PUIG BRUTAU Fundamentos pp 479-480 y GARCIA AMIGO Condiciones p 164.

contratos

"en los cuales concurren, bien que en distinta medida que en el esquema tradicional, los requisitos de consentimiento, objeto y causa, exigidos por el art. 1261 CC, pudiendo motivar la mayor o menor libertad con que se preste el consentimiento, normas especiales y más cuidadosas de interpretación que mantengan la mayor justicia... pero no alcanza a estimar viciado el consentimiento con arreglo a las normas tradicionales"

Con ello el TS, que reproduce literalmente la opinión de Polo¹¹⁸ y recoge la doctrina contractualista tradicional¹¹⁹. A la misma conclusión se llega examinando las sentencias en materia de requisitos para la incorporación de las condiciones generales al contrato; de las que se han ocupado de la interpretación y de las que han realizado un control del contenido. De ellas, en efecto, se infiere que el TS ha considerado siempre el consentimiento del adherente como fuente de vinculación de las condiciones generales en el sentido de la doctrina mayoritaria.

b) **Carácter corrector** Es notorio que la jurisprudencia española ha aplicado en general el "pacta sunt servanda" a las condiciones generales, considerándolas como "pactos contractuales" lo que le hace mostrarse muy prudente a la hora de declarar nula una condición general. Son escasísimas las sentencias en las que hay una declaración abierta de nulidad¹²⁰.

¹¹⁸ A. POLO RDP 1942 p 715.

¹¹⁹ Otras declaraciones de interés dogmático del TS en esta materia pueden verse en GARCIA AMIGO Condiciones pp 162-163.

¹²⁰ Vld. las citadas por DE CASTRO ADC 1961 p 337 notas 162 y 163. Con posterioridad no conocemos casos en los que el TS haya declarado la nulidad de condiciones generales por su carácter abusivo excluyendo las

También lo es que no ha efectuado un control sistemático y abierto del contenido de las condiciones generales. Sin embargo, no puede afirmarse tampoco que nuestros tribunales hayan tratado de la misma forma las condiciones generales y los acuerdos individuales. De numerosas sentencias del TS y de los tribunales inferiores se puede deducir que ha existido una tendencia aparentemente contradictoria pero que en sus resultado puede calificarse como eventualmente correctora del contenido de las condiciones generales.

En efecto, son numerosas las sentencias en las que el Tribunal sin declarar solemnemente la nulidad de una cláusula por su carácter abusivo, deja de aplicarla al establecer el fallo, recurriendo a diversos instrumentos. Tales han sido:

aa) En primer lugar, la vía de considerar que las condiciones generales abusivas no habían quedado incorporadas al contrato, bien porque no constaba la firma o porque no se habían incluido en el documento firmado sino en otro¹²¹, bien por considerarlas "sorprendentes" en relación con los elementos centrales del contrato¹²².

bb) En segundo lugar, y de manera señera la vía de

contrarias a normas imperativas (arrendamientos urbanos, venta de viviendas de protección oficial...) a salvo de las que se citan en el texto, de las cuales sólo la de STS 1.2.1988 (Ar 941) declara abiertamente la nulidad.

¹²¹ Vid entre muchas, STS 6.4.1988 (Ar 2739); STS 15.4.1988 (Ar 2777). Otros ejemplos infra § 14.IV.

¹²² Vid STS 13.11.1973 (Ar 4699) e infra § 15 ampliamente.

la interpretación "correctora": lo que en otro trabajo calificábamos de control oculto del contenido¹²³.

cc) En tercer lugar, en ocasiones, ha practicado un control si no de la eficacia de las cláusulas si del ejercicio de los derechos que las mismas atribuían. Esta tendencia constituye ya un salto cualitativo respecto a la interpretación correctora porque el TS reconoce expresamente que la cláusula, sin tal "corrección" sería aplicable al supuesto que se juzga¹²⁴.

dd) En cuarto lugar, y por último, en alguna sentencia reciente se hacen declaraciones expresas de la legitimidad del control abierto del contenido de las condiciones generales con arreglo al criterio de la buena fe y de la comparación con el Derecho dispositivo en la línea -aunque no dentro del ámbito de aplicación- de la LCU.

Nos referimos a la STS 26.5. 1986 (Ar 2823)¹²⁵. Los hechos aparecen bastante confusos. Al parecer se trata de decidir sobre la liquidación de unas relaciones contractuales entre un agente de seguros y una compañía aseguradora, y en concreto si el agente tenía derecho a cobrar, una vez resuelto el contrato la parte correspondiente a las "comisiones de cartera y producción devengadas" entre la fecha de resolución y la fecha de emplazamiento. En el contrato se había establecido una cláusula (en condiciones generales) de resolución unilateral a favor de cualquiera de las partes con un plazo de preaviso de un mes, cuyo tenor literal era el siguiente: "(el contrato) puede ser rescindido por cualquiera de las partes sin alegar causa alguna, avisando a la otra por carta certificada con un mes de antelación por lo menos a la fecha en que haya de tener

¹²³ Para las citas jurisprudenciales nos remitimos a las pp 16-19 de J. ALFARO RDM 1987.

¹²⁴ Esta tendencia ha quedado manifestada en la STS 12.2.1986 (Ar 615) sobre ella vid. infra § 18.VIII.

¹²⁵ Vid un comentario a la misma de R. BERCOVITZ en CCJC nº 11 pp 3661-3663.

efecto la anulación (sic)".

Las declaraciones del TS son de gran interés porque, por primera vez, se afirma con claridad la posibilidad de declarar la nulidad de condiciones generales por su carácter abusivo. La línea argumentativa de la sentencia puede resumirse del siguiente modo:

En primer lugar se afirma -es la premisa- que se trata de un contrato suscrito conforme a condiciones generales: "Teniendo en cuenta que el clausulado aparece impreso todo él y que fue redactado por la compañía recurrente, limitándose la recurrida a firmarlo..."¹²⁶. A continuación se declara que el empleo de condiciones generales abusivas "implica una transgresión de la autonomía privada"¹²⁷.

- Una cláusula es abusiva si al compararse con la regulación legal, se comprueba que la distribución de los derechos y obligaciones que ésta establece difiere de la establecida por la cláusula.

- Las cláusulas abusivas son nulas.

- Una cláusula que permite la resolución "sin expresión de la causa" es abusiva, aún cuando dicha facultad se establezca a favor de ambas partes¹²⁸.

¹²⁶ A continuación el TS añade que puesto que se trata de condiciones generales "cabe sostener razonablemente, en cuanto a la cláusula... discutida, que persigue en forma unilateral la defensa de los intereses del que propuso el formulario"; con lo que podría entenderse que por el mero hecho de que se trate de una condición general ello implica que su contenido es abusivo, lo cual es insostenible. Vid. críticas en cierto sentido similares en BERCOVITZ CCJC 11(1986) p 3663.

¹²⁷ Y añade el TS: "que sólo se determinará a través de la interpretación del contrato por persona imparcial". Francamente nos cuesta mucho entender qué quiere decir nuestro más alto tribunal con esta frase. Efectivamente, decidir si una cláusula es abusiva o no, corresponde obviamente a los tribunales, y no a cualquiera de las partes.

¹²⁸ La sentencia merece algún comentario. A pesar de algunas imprecisiones con que está expresada, la doctrina que se mantiene en los puntos 19 a 49, nos parece correcta, sin embargo, nos parece muy discutible el punto 59. Dando sentido a la argumentación de la sentencia, podríamos afirmar que efectivamente el carácter "bilateral" de una cláusula no excluye que pueda ser abusiva, puesto que la legislación de condiciones generales protege exclusivamente al adherente y no al predisponente. Ahora bien, no creemos que todas las cláusulas que permiten la resolución unilateral sin alegar causa sean abusivas. (Vid sólo las SSTSS 30.6.1987 (Ar 3852) y 16.9.1988 (Ar 6691) que

§ 7. EL CONTENIDO DE LAS CONDICIONES GENERALES COMO FUNDAMENTO DE SU VALIDEZ.

I. Planteamiento.

recogen la doctrina jurisprudencial)). Para decidir la cuestión debe atenderse fundamentalmente a dos criterios. En primer lugar si se trata de un contrato con un plazo de duración determinada o indeterminada. En el primer supuesto es claro el carácter abusivo de las cláusulas de resolución sin causa, pero en el segundo, el contenido de la cláusula que permite la resolución ad nutum es plenamente coincidente con el Derecho dispositivo, luego atendiendo al criterio que el propio TS señala que es aplicable para decidir cuando una cláusula es abusiva, no entendemos cómo puede decirse que la cláusula de resolución es nula. En segundo lugar, es relevante si las condiciones previstas en la propia cláusula para el ejercicio de la resolución son conformes a la buena fe o no. La buena fe en estos casos exige que no se resuelva el contrato en un plazo desproporcionadamente corto desde su celebración y que se establezca un plazo de preaviso razonable. Habían pasado casi tres años desde la celebración aunque la cláusula no dice nada respecto a cuándo podría ser ejercitada la resolución y la cláusula contiene un plazo de preaviso razonable o no. Puede dudarse de que un mes sea un plazo razonable, pero no nos parece excesivamente corto, comparándolo, por ejemplo con el previsto en materia de arrendamientos urbanos o en materia de contrato de trabajo.

En el caso parece decisivo si la resolución fue válida, porque de ello depende el pago de las comisiones correspondientes al plazo transcurrido desde la resolución al emplazamiento.

La cuestión de la validez de la resolución no depende exclusivamente de la validez de la cláusula. La cláusula puede ser válida y sin embargo puede considerarse ejercida abusivamente (art. 7.2 CC). Todo hace pensar, en efecto, que la Compañía aseguradora pretendía -al ejercitar la facultad de resolución- evitar el pago de las cantidades previstas en el art. 21 de la Ley de producción del seguro privado, que subordina el cobro de las mismas a que el agente llevara vinculado al menos tres años consecutivos con la entidad aseguradora, y por lo tanto, puede considerarse que el ejercicio de la resolución al amparo de la citada cláusula de condiciones generales fue ineficaz. Pero ambos planos deben quedar claramente diferenciados. La cláusula per se no es abusiva. El ejercicio de los derechos que la misma otorga puede serlo, como en cualquier otro supuesto.

1. Rechazados aquellos planteamientos que tratan de justificar la validez de las condiciones generales desde la predisposición (teorías normativas) o desde la adhesión (teorías contractualistas), parece evidente que, según señalamos al principio, la única aproximación correcta al fundamento de la validez de las condiciones generales pasa por atender -como ha hecho el legislador- a su contenido. Así, podemos formularnos correctamente la cuestión polémica: por qué son vinculantes para el adherente las condiciones generales con un contenido equilibrado, puesto que las abusivas carecen de cualquier validez. La única respuesta, en lo que nos consta, que se ha dado a la cuestión así planteada es la que proporciona la doctrina de la libertad de decisión negocial debida a M. Wolf¹²⁹ que constituye, no sólo un intento de justificar la validez de las condiciones generales equilibradas, sino, además, un ensayo de ordenación de las consecuencias de las influencias indebidas de una de las partes del contrato sobre la otra. Esta propuesta presenta un doble interés en el marco de este trabajo. En primer lugar, no recurre al mecanismo regla/excepción para explicar la validez de las condiciones generales (las condiciones generales son válidas en general, pero algunas no lo son) como hacían los autores contractualistas tradicionales, sino que trata de explicar desde el fundamento de la validez por

¹²⁹ M. WOLF Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich Tübingen 1970;

qué unas son válidas y otras no. En segundo lugar, y precisamente por el planteamiento anteriormente expuesto, su crítica nos coloca en la dirección correcta para poder dar una respuesta satisfactoria al problema que es objeto de análisis en estas páginas, respuesta que se expondrá a continuación.

II. La teoría de la "libertad de decisión negocial".

1. La construcción de Manfred Wolf parte de idénticos postulados a Flume: Frente a la concepción tradicional de la libertad contractual como libertad frente al Estado subrayará su carácter de libertad también frente al cocontratante. Es en éste ámbito donde los ideales liberales de igualdad han fracasado más estrepitosamente. Así, para Wolf, el principal problema con que se encuentra el derecho contractual, es el de la desigualdad de poder entre los contratantes que conduce al sometimiento de una de las partes a la otra y a la desaparición de la posibilidad de autodeterminación para una de las partes¹³⁰. La consecuencia fundamental de tal desigualdad es "que el particular, como consecuencia de su inferioridad o subordinación no está

¹³⁰ Vid Entscheidungsfreiheit pp 9-17. Como se deduce de lo expuesto respecto a cuándo existe un acto de autonomía privada, la existencia de desigualdad contractual, a nuestro juicio, no constituye el criterio correcto para delimitar los supuestos de heterodeterminación, y como veremos, este erróneo planteamiento tendrá consecuencias que hacen inaceptable la propuesta de Wolf.

en situación de garantizar la defensa de los intereses, la cual le ha sido encomendada a él" por el ordenamiento¹³¹. Esta situación es denominada interferencia en la libertad de decisión negocial ("Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit").

Para determinar de qué modo han de tratarse estas situaciones, Wolf presenta primero el cuadro de las relaciones entre autodeterminación, libertad y justicia contractual y se pregunta "si las condiciones contractuales que se hayan incluido en un contrato existiendo interferencias en la autodeterminación pueden completarse según criterios de justicia contractual"¹³².

2. La libertad y la justicia son dos principios del Derecho contractual que se presentan, según Wolf, en la siguiente relación: El sistema se basa en la prevalencia de la libertad contractual entendida -como Flume- como decisión autodeterminada para ambas partes (autonomía bilateral)¹³³. Por lo tanto, si ambas partes pudieron autodeterminarse al contratar, las condiciones pactadas deben ser respetadas por el Estado y el contenido del contrato no puede ser corregido por los órganos judiciales. Ahora bien, si una de las partes interfirió en la libertad de decisión negocial de la otra (lo que ocurre típicamente en el caso de las condiciones generales) ello constituye un abuso de la libertad

¹³¹ M. WOLF Entscheidungsfreiheit p 17.

¹³² M. WOLF ibidem p 31.

¹³³ M. WOLF ibidem pp 59-61.

contractual y "la justicia contractual ocupa el lugar de la libertad". En casos como éste, "cuando la libertad ya no puede cumplir su función"¹³⁴ debe entrar en juego la justicia. Por tanto, libertad y justicia contractuales se completan¹³⁵.

Para fundamentar esta relación, Wolf se apoya -en lo que hace a la construcción dogmática- en la doctrina de Schmidt-Rimpler y en el concepto de libertad de decisión negocial, y -en lo que hace al apoyo de Derecho positivo- en la regulación de la intimidación como vicio del consentimiento.

a) Como se recordará, Schmidt-Rimpler había defendido la "bondad" del mecanismo contractual desde postulados de justicia frente a la concepción liberal de la autonomía privada¹³⁶. Este autor argumentó que la exigencia de consentimiento de ambas partes como requisito para la existencia de un contrato garantiza que el acuerdo no es injusto para ninguna de las partes por cuanto cada una de las partes tiene siempre la posibilidad de rechazar los acuerdos injustos. Para Wolf el mayor acierto de la tesis de Schmidt-Rimpler consiste en que puso de manifiesto la conexión entre el proceso de formación del consentimiento y un equilibrio de los intereses de las partes, y por lo tanto, lo adecuado del proceso de adopción del consentimiento para conseguir acuerdos justos¹³⁷. Esta conexión hace más valiosa la teoría de Schmidt-Rimpler en relación con la de aquellos otros que simplemente ven el Derecho contractual presidido por varios principios.

Pero la doctrina de Schmit-Rimpler es sólo un punto de apoyo¹³⁸. Wolf irá más allá en la definición de las

¹³⁴ M. WOLF ibidem p 62.

¹³⁵ Vid el resumen de las relaciones en M. WOLF ibidem pp 72-73.

¹³⁶ W. SCHMIDT-RIMPLER "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts" ACP 147(1941) pp 130-197 esp. pp 149-156.

¹³⁷ M. WOLF Entscheidungsfreiheit p 69.

¹³⁸ Vid al respecto PFLUG Kontrakt pp 173-174.

relaciones entre libertad y justicia contractuales: Si en Schmidt-Rimpler, la conexión entre ambos valores es de hecho (es decir, el mecanismo contractual basado en la libertad conduce en la práctica, a acuerdos justos), en Wolf se hará normativa: la libertad protegida por el ordenamiento frente a ingerencias externas es la libertad para conseguir acuerdos justos (Freiheit zur gerechten Entscheidung). Es decir, la libertad contractual, cuando existe realmente, conduce a acuerdos justos; lo que debe significar que "los presupuestos para el despliegue de la autodeterminación" están orientados a la justicia contractual, de manera que cuando la posibilidad de autodeterminación no ha existido en una de las partes por la ingerencia de la otra, porque la otra parte ha impedido al contratante que actúe decidiendo libremente, el nivel de protección que la parte sometida merece, viene determinado por la justicia del contrato¹³⁹. Es decir, la parte que ha visto su libertad de decisión afectada tiene derecho a un contrato con contenido equilibrado. Por lo tanto, la relación entre justicia y libertad contractual no se reduce a afirmar, simplemente, que "a más libertad menos exigencias de justicia", sino que la justicia del contenido del contrato nos determina el nivel de

¹³⁹ Vid M. WOLF Entscheidungsfreiheit pp 70-74. Esta apreciación la limita Wolf a las condiciones generales y no a los elementos esenciales, singularmente el precio. La argumentación es bastante débil, porque se basa en la idea de que las primeras (reparto de riesgos y derechos) vienen influidas por principios de justicia distributiva mientras que el precio viene determinado por principios de justicia conmutativa y no es influenciado por normas jurídicas (pp 116-117).

protección del que es merecedor el contratante que no ha podido actuar autodeterminándose. Las consecuencias quedan reflejadas en el siguiente párrafo:

"no puede tolerarse a la parte más poderosa que por su propia fuerza, y a su arbitrio imponga a su contratante desventajas que no se justifican desde el punto de vista de la justicia contractual... El más fuerte sólo puede (*darf*) utilizar su poder cuando no respeta la libre determinación de la otra parte, para conseguir intereses legítimos que estén en consonancia con las exigencias de un equilibrio de intereses"¹⁴⁰.

Al concepto que resume esta posición del contratante, lo denomina Wolf, libertad de decisión negocial (rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit). Si las condiciones generales son justas, entonces su validez se legitima porque con ellas el predisponente respeta la libertad de decisión negocial del adherente, como veremos inmediatamente. Si las condiciones generales son abusivas, su validez debe negarse porque su imposición constituye un ataque contra la libertad de decisión negocial del adherente, y por tanto, el fundamento de la validez de los acuerdos contractuales se halla ausente.

De lo que se ha expuesto hasta aquí, habrá podido deducirse que el concepto de libertad de decisión negocial no es sinónimo de autodeterminación ni de heterodeterminación, sino que recoge el grado de autodeterminación protegido por el Derecho, resume las

¹⁴⁰ M. WOLF ibidem p 72. Vid tb. p 60: "la libertad contractual no autoriza ni a una corrección de las decisiones libremente tomadas (aunque sean injustas) ni a la imposición unilateral de condiciones desproporcionadas". En sentido similar WILLE Nichtige Bestimmungen pp 60-61.

relaciones entre libertad y justicia contractuales expuestas en cuanto hace referencia al derecho de todo contratante a que se le reconozca una posibilidad de conseguir un acuerdo justo, de forma que podemos afirmar su existencia aunque estemos ante condiciones contractuales impuestas. Es decir, si las condiciones son justas, el mero hecho de que la otra parte las imponga no significa que haya violado la libertad de decisión negocial del contratante sometido, porque en tal caso la finalidad para la que se otorga al contratante la libertad de decisión negocial se ha cumplido, en cuanto que ha podido conseguir un acuerdo justo, finalidad para la que, según vimos, el ordenamiento le otorga dicha libertad ("libertad para conseguir un acuerdo justo"). Wolf lo afirma explícitamente:

"En tanto con la heterodeterminación unilateral sólo se persigan intereses legítimos, no existe una interferencia en la libertad de decisión negocial del sujeto, porque el contrato debe dejar espacio para la consecución de intereses legítimos (del predisponente)"¹⁴¹.

Al respecto es irrelevante si las condiciones que reflejan tales intereses son aceptadas por la otra parte porque comprenda su necesidad, esto es, libremente, o bajo la influencia de una situación de necesidad, porque aparte de la dificultad probatoria que supondría, ello

¹⁴¹ M. WOLF Entscheidungsfreiheit p 114; vid tb. p ej. p 181 donde justifica que la parte sometida tiene un interés digno de protección sólo en la medida en que se trate de conseguir un acuerdo equilibrado, porque "asegurar intereses ilegítimos no es tarea del ordenamiento".

significaría proteger más al que no acepta lo razonable que al que lo acepta, en cuanto que el primero no quedaría vinculado y el segundo sí¹⁴².

Con ello, Wolf fundamenta la validez de las condiciones generales "justas" y la nulidad de las injustas. Empleando las primeras, el predisponente habría respetado "la libertad de decisión negocial" del adherente, y utilizando las segundas no, por lo que sólo las segundas carecen de validez.

b) El fundamento jurídico-positivo del concepto de libertad de decisión negocial cree verlo Wolf en la regulación de la intimidación como vicio del consentimiento. De la misma deduce Wolf que no toda heterodeterminación autoriza a impugnar el contrato, por lo que, en principio, el hecho de que unas condiciones generales hayan sido impuestas no excluye su validez, sino que el intimidado tendrá acción para impugnar el contrato, sólo cuando con la amenaza, el amenazador persiga un interés ilegítimo. Por lo tanto, si el grado de autodeterminación protegido por el ordenamiento viene limitado a la posibilidad de obtener un acuerdo justo, sólo se le permitirá desvincularse del contrato cuando la amenaza de la otra parte le ha privado de la posibilidad de conseguir un acuerdo justo.

Wolf encuentra el elemento común entre el sometimiento a condiciones generales y la intimidación en que en ambos casos existe una Koppelung o anudamiento en la decisión del sujeto adherente o intimidado. En ambos casos, el contratante ha de tener en cuenta, a la

¹⁴² Vid M. WOLF ibidem pp 114-115.

hora de decidir si contrata o no, elementos ajenos al propio objeto: no celebra el contrato -en el caso de la intimidación- o acepta las condiciones abusivas -en el caso de la adhesión- porque le parezca conveniente sino por razones ajenas: por el mal amenazado en el primer caso y por la pérdida de la prestación en el segundo¹⁴³. Sin embargo, no cualquier amenaza constituye intimidación en sentido técnico, sino que es necesario que el medio empleado o la finalidad perseguida o la relación entre medio y fin sean injustos¹⁴⁴. Es decir, no cualquier medio de influir en la voluntad ajena es considerado antijurídico, implica un recorte en la libertad negocial del sujeto influido, por lo que tampoco el mero hecho de que en los contratos con condiciones generales se haga optar al adherente entre contratar aceptando las condiciones generales o no hacerlo supone una "ingerencia" en su libertad negocial en tanto se trate de condiciones generales "justas", porque estaríamos ante una "amenaza justa" que excluye la posibilidad de impugnar¹⁴⁵. En efecto, si el predisponente sólo persigue intereses legítimos al poner al adherente en la tesitura de aceptar las condiciones generales o renunciar al contrato, la libertad de decisión de éste no se ve eliminada, del mismo modo que no lo está la de aquél a quien se amenaza con interponer una acción judicial a la que tiene derecho¹⁴⁶.

La tesis de Wolf es especialmente interesante,

¹⁴³ M. WOLF ibidem pp 127-129.

¹⁴⁴ M. WOLF ibidem pp 131-133.

¹⁴⁵ M. WOLF ibidem pp 114,130,133...

¹⁴⁶ M. WOLF ibidem p 114. En lo que hace al Derecho español sobre el particular, puede partirse hoy de que la concepción de la intimidación es idéntica, puesto que aunque la doctrina alemana del XIX "seguía basando la sanción de la intimidación en la conducta antijurídica de quien lo infundía (el temor)" (DE CASTRO Negocio p 138) hoy el §123 BGB fundamenta la anulabilidad del consentimiento otorgado por intimidación en la falta de libertad en la emisión del mismo (vid. por todos HEINRICHS/PALANDT BGB Munich⁴⁵ 1986 § 123 num. marg. 1 y 3 pp 89 y 92 resp.) como lo demuestra el que sea indiferente si la intimidación procedía de la contraparte o de un tercero, y también en España se exige la ilicitud de la intimidación como requisito para que exista vicio del consentimiento (vid por todos DE CASTRO Negocio pp144-145. Para un examen de los grupos de casos de ilicitud (de los medios, de los fines o de la relación medio-fin) vid L. DIEZ-PICAZO Fundamentos I pp 121-126), con lo que las diferencias que podían derivarse del diferente fundamento de la intimidación en uno y otro Derecho han desaparecido.

frente a los intentos "contractualistas" anteriores porque, como hemos dicho, legitima la validez de las condiciones generales "justas" y niega la de las "injustas", es decir, basa la validez de las condiciones generales en su contenido, cuando, como señalamos al principio de este trabajo, el problema hoy es justificar por qué la legislación de condiciones generales las considera vinculantes cuando no sean contrarias a la buena fe.

3. La crítica a la tesis de Wolf la centraremos en tres aspectos:

a) En primer lugar, en la inadaptación del concepto de libertad de decisión negocial al fundamento de la validez del consentimiento en un sistema que entienda éste como un acto de autodeterminación. La tesis de Wolf supone una mezcla de libertad y justicia contractual no conforme con el sistema. En efecto, si -como afirma Wolf- la libertad que se protege por el ordenamiento, es la libertad para conseguir un acuerdo justo, se transforma en justicia contractual cuando dicho acuerdo justo no se ha conseguido por vía de libertad¹⁴⁷. Wolf

¹⁴⁷ La crítica ha sido expuesta por Pflug: "wo die 'normale' Situation gestört ist, ist es nicht die, - realiter nur von der einen Seite betätigte- 'Selbstbestimmung', die per se für ihr Resultat 'Geltung' reklamieren kann, sondern dann ist namens 'von aussen' angelegter Kriterien der 'Vertragsgerechtigkeit' ex post festzustellen ob Selbstbestimmung, 'funktionsgerecht' ausgeübt wurde und deshalb Anerkennung verdient" (PFLUG Kontrakt p 174). Lo que justifica el "dualismo" de la concepción de Wolf, es decir, que no basta la autodeterminación para legitimar el carácter vinculante de los contratos, sino que es necesario recurrir a otros principios como el de

recurre tanto a la libertad como a la justicia del contenido como fundamento de la validez de los contratos, amén de que solo ex post puede decidirse si hay que intervenir en el contrato o no, puesto que hay que comprobar si la posibilidad de autodeterminación para alcanzar un acuerdo justo había existido o no. Y si el acuerdo es justo, entonces es irrelevante el que se haya adoptado en libertad o no, puesto que siéndolo, el "sometido" no ha visto su "libertad de decisión comercial" afectada.

b) En segundo lugar, Wolf parte de una delimitación del problema, a nuestro juicio, incorrecta. Según hemos visto, para Wolf el problema que los codificadores no previeron era el de los efectos que la desigualdad de poder contractual podía tener sobre la autodeterminación del contratante más débil, y como señalamos la desigualdad de poder contractual no era un fenómeno desconocido en los tiempos de la codificación, lo que sucede es que se confiaba en la competencia como mecanismo desapoderador, por lo tanto, lo que los codificadores no previeron únicamente fue que la competencia no funcionara.

c) En tercer lugar, y sobre todo, la tesis de Wolf no se corresponde con el Derecho positivo¹⁴⁸: ni el concepto de libertad de decisión comercial se corresponde

equivalencia.

¹⁴⁸ También le acusan de ello HÖNN Kompensation p 29; PFLUG Kontrakt pp 177-180.

con la libertad garantizada al sujeto por el ordenamiento, ni el argumento que extrae de la regulación de la intimidación es aceptable, ni, por lo tanto, procede su generalización.

aa) El concepto de libertad de decisión negocial no se corresponde con la libertad garantizada por el ordenamiento, porque éste no garantiza a los sujetos jurídicos "libertad para alcanzar un acuerdo justo" sino "libertad para alcanzar el acuerdo que les parezca justo"¹⁴⁹. Wolf, al admitir que no hay intrusión ilegítima en la libertad contractual del adherente si las condiciones generales son justas, olvida el segundo aspecto de la relación entre libertad contractual y competencia que veíamos en Flume: determinar lo que es justo e injusto corresponde, en un ordenamiento basado en la autonomía privada a las decisiones individuales de cada uno de los sujetos. En términos económicos, el mercado no permite sólo a los sujetos decidir según su voluntad, sino que exige que los sujetos decidan según su voluntad para poder conocer los valores relativos que los sujetos atribuyen a los bienes. Es decir, el mercado es también un mecanismo que suministra información sobre

¹⁴⁹ Vid. últimamente, M.A. MORALES El error en los contratos Madrid 1988 pp 98-99: "una cosa es la falta de equivalencia objetiva (presupuesto de la rescisión por lesión) y otra la ruptura de la equivalencia subjetiva, la que habían desado establecer las partes... hay que resaltar que la equivalencia subjetiva no es una exigencia derivada de un postulado de justicia... sino una consecuencia del respeto debido a lo querido, a la autonomía de la voluntad",

los deseos de los individuos¹⁵⁰, y no puede sustituirse por criterios de justicia traídos "desde fuera". Volviendo a las condiciones generales, corresponde a los individuos decidir qué condiciones consideran justas o injustas, y el Derecho les garantiza la posibilidad de que lo hagan cuando basa el sistema contractual en la libertad de pactos (1255 CC). Un sistema tal no puede considerar que se ha respetado la libertad contractual de un sujeto cuando se le imponen condiciones "justas", porque se le ha privado -cuando menos- de la posibilidad de contribuir a decidir, mediante la selección, qué condiciones le parecen justas, lo cual no es, como pretende Wolf, un interés ilegítimo del adherente¹⁵¹ sino un interés expresamente reconocido por el ordenamiento en cuanto éste declara a las normas correspondientes en contenido como dispositivas, es decir, aplicables sólo si no existe una decisión expresa del individuo. Por lo tanto, el concepto de libertad de decisión negocial no se corresponde con el Derecho positivo.

bb) El argumento que extrae Wolf de la intimidación tampoco es correcto. Para demostrarlo recurriremos a la exposición que de la intimidación (duress) y de la

¹⁵⁰ Vid. R. BARNETT "A consent theory of contract" 86 Columbia L. Rev. (1986) pp 269 ss p 281. Con más indicaciones sobre la diferencia entre "costes objetivos y costes subjetivos" en notas 44 y 47;

¹⁵¹ M. WOLF Entscheidungsfreiheit p 181.

"economic duress" hace Epstein¹⁵² que nos parece muy ilustrativa: La anulabilidad de los consentimientos obtenidos bajo intimidación -dice Epstein- trata de proteger (la asignación de) las titularidades (de derechos) existentes antes de la celebración del contrato: el recurso a la intimidación es un método incorrecto (unfair) de obtener el consentimiento de una persona porque requiere de ésta que abandone un derecho que le corresponde, para salvaguardar otro que también le corresponde ("la bolsa o la vida"). Es decir, al contratante antes del contrato le correspondían ambos derechos (la bolsa y la vida). En el caso de la "economic duress" concluye Epstein, una de las partes pone a la otra ante la necesidad de elegir únicamente entre un derecho (contratar o no) y un deseo (contratar en condiciones distintas). Pues bien, el caso de utilización de condiciones generales equilibradas y el caso de una amenaza legítima no son idénticos. Cuando una de las partes amenaza a la otra con demandarle -o de cualquier otra forma legítima- si no se aviene a celebrar el contrato, le está poniendo en la tesitura de elegir entre un derecho (contratar o no) y un deseo (no ser demandado; porque nadie tiene derecho a no ser demandado o a no ser amenazado legítimamente) pero cuando una de las partes utiliza condiciones generales y -como sabemos ya- no hay control del mercado de las mismas, se pone al adherente en la tesitura de elegir

¹⁵² R. EPSTEIN "Unconscionability: a critical reappraisal" 18 Journal of Law and Economics (1975) pp 293-315, pp 295-296.

entre dos derechos: el derecho a contratar, y el derecho a optar respecto a qué condiciones quiere que constituyan el contenido del contrato, y ello con independencia de que las condiciones generales sean justas o injustas comparándolas con el Derecho dispositivo. Si el mercado controlase las condiciones generales como controla los precios, ambos derechos le estarían garantizados en los límites del mercado. Por lo tanto, la situación no es idéntica en el caso de la intimidación y en el caso de la imposición de condiciones generales¹⁵³.

¹⁵³ Vid otra crítica al argumento de la intimidación en PFLUG Kontrakt pp 177-78. la misma no nos parece, sin embargo, definitiva. Según Pflug, el argumento de la intimidación no es correcto porque el hecho de que el ordenamiento considere al sujeto amenazado vinculado a pesar de la intimidación, no significa necesariamente que considere que su decisión ha sido libre, sino que muy bien puede fundarse esta vinculación en otro criterio de imputación como la responsabilidad por confianza. La réplica no es acertada. Si el fundamento se basa en la responsabilidad como correlato de la libertad, estamos dentro del ámbito de las decisiones autónomo-privadas: el Derecho exige a los sujetos un cierto grado de "resistencia" frente a la intimidación, como lo demuestra el hecho de que el 1267 CC exija que se amenace con un mal "inminente y grave" y que el temor reverencial sea irrelevante. Es decir, no puede recurrirse a otro criterio de imputación de la vinculación porque precisamente en la regulación de los vicios se encuentra el grado de autodeterminación garantizado por el ordenamiento (el de una persona que presenta un mínimo grado de resistencia frente a las amenazas), por lo que es improcedente recurrir al supuesto de la responsabilidad por confianza cuando estamos en un caso de falta de libertad "no protegida". Respecto a la crítica a la generalización vid PFLUG Kontrakt p 179: el supuesto de la intimidación está "auf eine besonders singuläre Situation zugeschnitten" y HÖNN Kompensation p 29.

III. La falta de validez de las condiciones generales.

1. Todas las críticas y argumentaciones expuestas hasta ahora nos han llevado a una conclusión bastante segura: la validez de las condiciones generales no puede hacerse descansar ni en el contrato, ni en su consideración como normas jurídicas, con lo que llegados aquí sin haber encontrado en las aproximaciones tradicionales una solución dogmáticamente consistente de la validez de las condiciones generales, habría que decir que la única respuesta coherente es, simplemente, negar validez a las condiciones generales. Dicho de otra manera: no es que el fundamento de la validez de las condiciones generales esté en el aire, porque "valen" pero no sabemos por qué¹³⁴, sino que examinados todos los posibles fundamentos que permitan afirmar la validez de las condiciones generales, y establecido que ninguno de ellos resulta satisfactorio, debemos pronunciarnos por negar ésta pura y simplemente.

Defender esta postura parece directamente descartable, porque supone situarnos fuera de la ley o situar a la ley fuera del sistema jurídico-constitucional. Creemos, no obstante que ésta sería una conclusión precipitada. Nos parece, en efecto, que afirmar el carácter no vinculante de las condiciones generales resulta no sólo respetuoso con el Derecho dado, sino que además nos ofrece probablemente el único

¹³⁴ Según la afirmación de PFLUG (Kontrakt p 288).

punto de vista correcto para explicar el régimen jurídico vigente, esto es, que sólo valen las condiciones generales conformes a la buena fe¹⁵⁵.

Rechazar la validez de las condiciones generales no es, en efecto, una solución tan descabellada desde el punto de vista de las consecuencias como podría pensarse imaginando un tráfico contractual en el que el empleo de condiciones generales estuviera prohibido. Negar la legitimidad del poder normativo de los empresarios, o la equiparación de la adhesión con el consentimiento contractual no significa negar la legitimidad de cláusulas de condiciones generales concretas. En realidad, lo que se está afirmando es algo mucho menos "escandaloso". Nuestra conclusión reza del siguiente modo: Las condiciones generales carecen de validez por sí mismas. Su carácter vinculante procede, bien de que incorporan un elemento del contrato sobre el que puede afirmarse la existencia de autodeterminación bilateral, y, por tanto, de autonomía privada stricto sensu; bien de que incorporan el contenido de una norma legal (derecho dispositivo) bien de que incorporan el contenido de una norma derivada de los usos o de la buena fe (art. 1258 CC). Por lo tanto, las condiciones generales no tienen carácter constitutivo sino declarativo. Su carácter vinculante para el adherente depende no del carácter contractual de la adhesión o de

¹⁵⁵ El único autor que, en lo que nos consta, ha afirmado tal posibilidad ha sido T. RAKOFF ("Contract of adhesion. An Essay in reconstruction" 96 Harvard L. Rev (1983) pp 1174-1284).

la eficacia normativa de la predisposición sino de que incorporen una norma cuya validez procede de las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre, principios generales.

2. Para evitar que la anterior afirmación resulte demasiado chocante, debe recordarse lo que se señaló al iniciar este capítulo. El problema que hoy plantean las condiciones generales -desde el punto de vista* de su fundamentación- no es ya por qué valen las condiciones generales en general, sino por qué son vinculantes las condiciones generales cuyo contenido sea equilibrado, dado que las condiciones generales abusivas son nulas, esto es, no vinculan. Si se examina con detenimiento la cláusula general de buena fe y justo equilibrio de las prestaciones contenida en el art. 10.1 c) LCU a la luz de los precedentes legislativos extranjeros (§ 9 AGB-G) y las aportaciones doctrinales, la aplicación de la misma nos llevaría a una conclusión similar. El juez declarará nulas por contrarias a la buena fe y al "justo equilibrio de las prestaciones" aquellas condiciones generales cuyo contenido no sea "remitible" a una norma legal, consuetudinaria o derivada de la buena fe.

En efecto, la cláusula general se aplica efectuando una comparación entre el contenido de la condición general y el Derecho que resultaría aplicable de no existir tal condición general. Más concretamente, a la comparación con el derecho dispositivo y a falta de éste (o en caso de que no se adapte al contrato efectivamente celebrado) a una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes. Es decir, exactamente los mismos criterios que señala el 1258 CC -según veremos detalladamente- para determinar las consecuencias de los contratos que no necesitan ser previstas expresamente por las partes¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Vid. det. infra § 19 IX.

Por lo tanto, al negar carácter vinculante a las condiciones generales no estamos sino tratando de explicar el significado de la cláusula general de buena fe que el legislador ha utilizado como criterio para determinar la validez o la nulidad de las condiciones generales. ¿Qué condiciones generales son válidas?

a) En primer lugar, aquellas cuyo contenido resulte cubierto por la autonomía privada. Como tendremos ocasión de estudiar detalladamente, las cláusulas prerredactadas que recojan los "elementos esenciales" del contrato no son condiciones generales en sentido legal, porque el hecho de que la prestación y la contraprestación se encuentren recogidas en condiciones generales no significa necesariamente que sobre las mismas no haya existido un acuerdo adoptado en el ejercicio de su libertad contractual por ambas partes, y el control se basa precisamente en la inexistencia de autodeterminación. Es más, y según veremos, en otro caso -es decir, si no ha existido autodeterminación sobre los elementos esenciales- el contrato sería nulo por no reunir los requisitos del 1261 CC.

b) En segundo lugar, aquellas que recojan la configuración legal del contrato cuando se trate de un contrato regulado legalmente. Podría argumentarse que no basta con que el predisponente se aparte de la regulación legal dispositiva para que podamos declarar nula la cláusula de condiciones generales, sino que es necesario además, que la desviación no esté justificada. Pero la objeción se deshace fácilmente -y con ello

contestamos a la duda que dejamos planteada más arriba- si se tiene en cuenta que la desviación se justificará bien, porque la cláusula de condiciones generales se adapta a la configuración usual del contrato, cuando ésta difiera de la configuración legal, bien porque se adapta a las especialidades pactadas en sentido estricto. Por tanto, la desviación ha de venir legitimada bien por reglas consuetudinarias, bien por las reglas derivadas de la buena fe, bien por la autonomía privada¹⁵⁷.

c) En tercer lugar, aquellas cláusulas que recojan la configuración usual del contrato (cuando se trate de un negocio no regulado legalmente o cuya regulación usual se ha apartado de la legal y hay datos en el contrato para pensar que las partes estaban pensando en la primera) o la derivada de la buena fe (cuando se trate de un negocio que carece de regulación legal o

¹⁵⁷ Un ejemplo claro de como una modificación de las normas legales (dispositivas) por vía usual puede admitirse plenamente nos lo suministra el caso de la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos en la cosa vendida. Sin perjuicio de examinar este supuesto con más detalle más adelante (vid infra § 19 XII), puede comprobarse que la responsabilidad legal por vicios ocultos (cuyas consecuencias son la posibilidad de ejercitar las acciones quantum minoris y redhibitoria) ha sido sustituida en la práctica ampliamente por un derecho a la reparación de la cosa defectuosa o a su sustitución por una libre de defectos. Pues bien, tanto el AP (art. 18) como la LCU (art. 11) no tienen inconveniente alguno en admitir la validez de las cláusulas de condiciones generales que desplacen el derecho dispositivo cuando éste sea sustituido expresamente por la reparación y eventual sustitución del objeto. Por lo tanto, no hay inconveniente en admitir que la validez de dichas regulaciones en condiciones generales se remite a la validez del uso del tráfico que sustituye tal normativa. Sobre estos problemas vid. ampliamente infra § 19 X.

usual). Si las condiciones generales recogen la configuración usual del contrato, el carácter vinculante de dicha configuración no procede de las propias condiciones generales. Tal ocurre, principalmente, en los nuevos tipos contractuales (leasing, franchising etc), de cuya bondad para el desarrollo económico nadie duda y que han sido regulados, en principio, por medio de condiciones generales, mientras que la intervención del Estado (por medio de la jurisprudencia o del propio legislador), sólo se ha producido a posteriori respecto a su aparición "madura" en el tráfico.

Para comprobarlo basta situarnos en la hipótesis de que las partes no hubieran establecido regulación alguna (a salvo de los requisitos del 1261 CC). El juez, en tal caso, y a falta de Derecho dispositivo, declararía aplicable a dicho contrato la regulación que resultase de la configuración usual del mismo, por lo que no necesitamos afirmar que las condiciones generales vinculan, para imponer al adherente tal regulación. El cliente que celebra un contrato de un tipo determinado, se somete a su regulación usual, salvo manifestación en contrario. Por lo tanto, si las condiciones generales contienen la regulación que se corresponde con el tipo, tal como lo ha configurado la práctica, su validez no deriva de la adhesión, sino de que ésa es la configuración usual del contrato. Y si las condiciones generales se apartan de tal configuración -y la desviación no viene legitimada por la autonomía privada- el juez, aplicando la cláusula general, declarará nulas

las cláusulas correspondientes. Lo mismo hará en el caso de que la práctica de las empresas recogida en las condiciones generales resulte contraria a un reparto equilibrado de los riesgos, porque en esos casos se trataría de usos contra legem. Por último en el caso de que no exista una práctica consolidada, el carácter vinculante de tales regulaciones vendría dado por la obligación para el juez de recurrir en tales casos a la integración judicial del contrato sobre la base de la buena fe¹⁵⁸.

Por lo tanto, el fundamento de la validez de las condiciones generales se encuentra en las fuentes ordinarias del Derecho, incluida la función complementadora de la jurisprudencia (art. 1.6) que se lleva a cabo, en la mayor parte de los casos a través de la aplicación del art. 1258 CC como sede de las fuentes de integración contractual, el cual se remite, como es sabido, precisamente a la ley, los usos y la buena fe. Con esto no quiere decirse que las condiciones generales sean fuente de integración del contrato per se sino que su contenido ha de venir formado por las normas que constituyen -ellas sí- las fuentes de integración del contrato.

¹⁵⁸ En este sentido resultan significativas las siguientes palabras de Tonner respecto al Derecho alemán: "el Derecho moderno de los contratos se traslada cada vez más del BGB a la ley de condiciones generales. Los tipos contractuales modernos no son ya fijados por el legislador sino que lo son gracias al juego específico de las condiciones generales y el control jurisprudencial de las mismas" (el subrayado es nuestro) K. TONNER "Die Entwicklung des Reisevertragsrechts durch Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verbandsverhandlungen" AcP 189 (1989) pp 122-157 p 122.

Como se ve, esta propuesta lleva a declarar nulas, precisamente, aquellas condiciones generales cuya fuente exclusiva de validez pretende descansar en la adhesión del cliente, y a declarar válidas aquellas cuya fuente de validez descansa en normas legales, consuetudinarias, derivadas de la buena fe o de la autonomía privada. Como decíamos, la propuesta que realizamos no es sino una propuesta de interpretación y aplicación de la cláusula general de buena fe del art. 10.1 c) LCU. Además, creemos, es perfectamente compatible con la función de las condiciones generales de proporcionar seguridad jurídica a las empresas, puesto que se legitima su utilización para recoger de manera detallada y global todas las reglas aplicables a la transacción.

3. Esta función de "resumen" que llevan a cabo las condiciones generales sirve para explicar las restantes normas del Derecho de las condiciones, una vez aclarado el significado de la cláusula general de buena fe y, con ello, del control del contenido. En particular, explica aquellas normas de la LCU que pretenden crear transparencia respecto a las condiciones generales (normas de inclusión -10.1 a) LCU- e interpretación- 10.2 II). Las mismas no tienen la función de permitir que el adherente "consienta" en sentido estricto, como veremos, sino simplemente que pueda conocer que el predisponente utiliza condiciones generales y cuál es el régimen jurídico que ha "resumido".

Con ello parece que se concede al predisponente una ventaja injustificada, en cuanto se le permite formular unilateralmente el régimen jurídico aplicable al contrato. Pero tal ventaja se ve compensada, precisamente por efecto de las normas que ahora nos ocupan. Así con las cargas de claridad, comprensibilidad, concreción etc que se le imponen si quiere ver incorporadas las condiciones al contrato (art. 10.1 a) se le obligan a comportarse como lo haría un legislador "de calidad".

CAPITULO 2

AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS

Sumario

§ 8. INTRODUCCION. METODOS DE DEFINICION DEL AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS.

§ 9. AMBITO OBJETIVO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES: LA NOCION DE CONDICIONES GENERALES.

- I La noción legal de condiciones generales.
- II Elementos de la definición legal
- III El requisito de la contractualidad de las condiciones generales.
- IV El requisito de la predisposición.
- V Requisito de la imposición.
- VI Irrelevancia de la forma.
- VII El momento relevante
- VIII Observaciones terminológicas.

§ 10. EL AMBITO SUBJETIVO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES: LA NOCION DE CONSUMIDOR.

- I La noción de consumidor en la LCU.
- II La utilización de la noción de consumidor como criterio de delimitación del ámbito de aplicación de normas protectoras a partir de algunos ejemplos del Derecho español y del Derecho comunitario.
- III La noción de consumidor y el llamado "Derecho de los consumidores".

§ 11. PROBLEMAS COMUNES AL AMBITO DE APLICACION: POSIBILIDADES DE APLICACION ANALOGICA Y CARGA DE LA PRUEBA.

- I Posibilidades de aplicación analógica del control del contenido a las condiciones generales utilizadas frente a un no consumidor.
- II Carga de la prueba.

AMBITO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES
GENERALES.

**§ 8. INTRODUCCION: METODOS DE DEFINICION DEL AMBITO DE
APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE
LOS CONTRATOS.**

Las normas que autorizan a los jueces a controlar el contenido de los contratos no pueden aplicarse a todos los contratos. La aplicación indiscriminada de las mismas quebrantaría el principio de autonomía privada como principio cardinal de la contratación y atentaría frontalmente contra ciertos principios constitucionales (libertad de empresa; libre desarrollo de la personalidad etc). Por ello, el primer problema que se plantean los legisladores que emanan este tipo de normas es el de delimitar su ámbito de aplicación. Para ello han seguido básicamente dos opciones: o bien limitar la intervención a aquellas formas de contratación en las que se producen situaciones típicas de necesidad de protección (leyes de condiciones generales)¹; o bien seleccionar a determinados contratantes como especial y típicamente merecedores de protección (leyes de contratos con consumidores)².

¹ Es el caso de la República Federal de Alemania, con su AGB-G de 1977, de Portugal en su ley sobre condiciones generales de 1986, de Gran Bretaña en la UCTA de 1977 y de Israel en su ley de 1964. Esta es también la opción recogida en el AP español de 1988.

² Tal es el caso de Francia (vid. Ley de 10 enero 1978) y los países nórdicos (al respecto vid. SANCHEZ ANDRES "El control de las condiciones generales de los

El legislador español, de forma excepcional en el panorama del Derecho comparado, somete a control únicamente los contratos celebrados conforme a condiciones generales en los que el adherente es un consumidor en el sentido de los arts 1.2 y 1.3 de la ley. Es decir, la LCU limita el ámbito de aplicación del control tanto objetiva como subjetivamente (leyes de consumidores con regulación de las condiciones generales).

Establecido lo anterior, ahora corresponde examinar por partes cada uno de los elementos utilizados por nuestro legislador para delimitar el ámbito de aplicación. En primer lugar, examinaremos el criterio objetivo, que es a nuestro juicio el fundamental. Después se analizará el criterio subjetivo -la noción de "consumidor"- de más dudosa conveniencia. Al hilo de este examen trataremos de juzgar la idoneidad de la opción tomada y la oportunidad de cambiarla en la reforma legislativa de este sector. En todo caso, trataremos de probar que, partiendo del fundamento de la validez de las condiciones generales, es posible superar este requisito y extender el control del contenido también a las utilizadas en relaciones entre empresarios.

§ 9. AMBITO OBJETIVO DE APLICACION DEL DERECHO DE

contratos en el Derecho comparado: panorama legislativo" RDM 1980 pp 398 y 400, 404-407). También es la tendencia que se reconoce en los trabajos preparatorios de una normativa comunitaria sobre la materia.

LAS CONDICIONES GENERALES: LA NOCION DE CONDICIONES GENERALES.

I. La noción legal de condiciones generales.

1. De Castro comenzaba su famoso trabajo sobre las condiciones generales señalando que "la figura de las condiciones o cláusulas generales de los contratos ha parecido de significado tan evidente que los más de los autores se han despreocupado de su definición jurídica y se ocupan de poner de relieve sus notas de carácter sociológico"³. Sociológicamente, el fenómeno de las condiciones generales es claro. No parece necesario insistir ahora en ello. Jurídicamente, las cosas se presentan menos nítidas. En cualquier caso, hoy se admite generalmente que el fenómeno de las condiciones generales de los contratos viene caracterizado por tres elementos. Primero, que se trata de cláusulas contractuales, es decir, de cláusulas que están llamadas a integrar el contenido del contrato. Segundo, que se trata de cláusulas predispuestas, es decir, que están redactadas previamente al momento de su utilización. Y tercero, que se trata de cláusulas impuestas, es decir, que se presentan al cliente sobre la base de "lo toma o lo deja" ("take it or leave it basis") sustrayéndolas a

³ F. DE CASTRO "Las condiciones generales de los contratos" ADC 1961 pp 295 ss p 296.

la discusión o negociación⁴.

La doctrina utiliza muchas otras características, además de las mencionadas para caracterizar las condiciones generales. Entre ellas, el carácter accidental o accesorio; el que su contenido sea derogatorio del Derecho dispositivo a favor de una de las partes; el que su contenido sea complejo y abunden los tecnicismos; la superioridad económica del predisponente etc.⁵. En nuestra opinión, estas características no son decisivas a los efectos de determinar el carácter de condiciones generales de unas cláusulas, pero no dejan de tener relevancia a otros efectos, como veremos.

⁴ De acuerdo con el Derecho de las condiciones generales, las cláusulas de un contrato podrían clasificarse -según la presencia o ausencia de ambos requisitos- de la siguiente forma:

	Predispos.	Imposición
1. Condiciones generales	+	+
2. Condiciones generales negociadas en el caso concreto	+	-
3. Condiciones particulares impuestas	-	+
4. Condiciones particulares negociadas	-	-

Los números 3 y 4 son irrelevantes a los efectos del Derecho de las condiciones generales y no están sometidas a control. Tienen relevancia, por ej. en Austria donde el § 6.2 de la KonsSchG de 1979 declara ineficaces determinado tipo de cláusulas a menos que se demuestre que fueron negociadas, sin que el texto legal exija que se trate de condiciones predispuestas. Ambos números constituyen "condiciones particulares" a efectos del art. 10.2 II LCU. Las indicadas en el número 2 serán objeto de especial atención porque plantean la posibilidad de que una condición predispuesta se introduzca sin modificación en el contrato, es decir, siga siendo prerredactada pero a la vez se haya convertido en un acuerdo individual por haber sido negociada en el caso concreto.

⁵ Vid. por ej. A. POLO RDP 1942 pp 713-14; y todavía recientemente sigue tal esquema L. MARTIN BALLESTERO "La interpretación de los contratos de adhesión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo" RCDI 1987 nº 581 p 1085; vid también RIEG "Contrat type et contrat d'adhesion" en Etudes de Droit contemporain T. XXXIII Paris 1970 p 108 con referencias a la doctrina francesa:.

La caracterización doctrinal que acabamos de hacer nos da pie para examinar la noción legal de condiciones generales que la ley de consumidores ha incorporado en su art. 10.2 I) a tenor de la cual,

"se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate"⁶.

Antes de examinar los elementos a que nos hemos referido, resulta conveniente preguntarse acerca de la necesidad o conveniencia de una definición legal. Si bien es imprescindible saber qué son condiciones generales, el legislador podía haber remitido la tarea a los jueces con la ventaja de que, con ello, se evitaría que cláusulas que habrían de ser consideradas claramente como condiciones generales quedaran fuera de control por insuficiencia de la noción legal o viceversa⁷. La existencia de una definición legal, por otra parte, presenta la ventaja de proporcionar una mayor certeza jurídica respecto al ámbito de aplicación del derecho de

⁶ Esta definición no aparecía en el Proyecto de ley presentado a las Cortes y fue incluida en la discusión parlamentaria por medio de una enmienda del Grupo socialista. En el proyecto alternativo que dicho grupo había presentado tres años antes con ocasión del primer intento fallido de promulgar esta ley que llevó a cabo el Gobierno de UCD no se incluía dicha definición. La inclusión fue producto de una enmienda transaccional a raíz de la intervención del prof. García Amigo, a la sazón diputado. Incluida la definición en el Congreso, no se modificó hasta la promulgación de la ley. (Vid los datos en 3 EC (1984) pp 177-78 y 199-200). El AP contiene también una definición legal que reza: "A los efectos de esta ley, se considera que se utilizan condiciones generales de la contratación cuando una de las partes contratantes impone a la otra que el contenido del contrato, en todo o en parte sea sustancialmente igual que las cláusulas redactadas previamente y con carácter general por aquella o por un tercero, ya estén recogidas en el mismo texto del contrato, en una comunicación o en un aviso expuesto al público o en cualquier otra forma".

⁷ Esta es la razón por la que la Unfair contract Terms act inglesa de 1977 no introdujo una definición legal: "We always know standard terms and conditions when we see them" (Lord Denning en los debates de discusión de la ley) apud E.J. JACOBS JBL (1983) p 22.

las condiciones generales, ya que, efectivamente, la definición legal -como cualquier otra- tiene como función **delimitar el ámbito objetivo de aplicación del art. 10 LCU**. Esto significa, sin embargo, que la definición ha de estar bien hecha. No ocurre así en nuestro país. Como el resto de la ley, la definición deja mucho que desear desde el punto de vista técnico, razón por la cual, el intérprete se ve en la necesidad de "reconstruir" la noción legal, orientado, como es natural por la finalidad del art. 10 LCU y por las orientaciones doctrinales sobre la materia. De este modo podremos evitar que una interpretación adherida al tenor literal de la norma vacíe de contenido la regulación protectora que contiene la norma⁸.

2. Descomponiendo la definición legal arriba transcrita, podemos encontrar los tres elementos definitorios de las condiciones generales:

a) La ley habla de "cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general (redactadas)... para aplicarlas a todos los contratos". Aquí reconocemos el primer elemento de la definición, es decir, ha de tratarse de cláusulas destinadas a formar parte del contenido de un contrato⁹.

b) La ley habla de cláusulas "redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas..." Aquí se recoge el elemento de la predisposición.

c) La ley habla de cláusulas "cuya aplicación no puede evitar el consumidor siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate". De este modo se expresa el requisito de la imposición.

⁸ En el mismo sentido M.A. LOPEZ-SANCHEZ RGLJ 1987 IV pp 609 ss p 626.

⁹ Debe aclararse que, cuando en el texto nos referamos a las condiciones generales como "cláusulas contractuales" lo hacemos en el sentido exclusivamente de contenido de regulación de la relación contractual y no prejuzgamos el fundamento de su validez.

A continuación examinamos los problemas que suscita la exégesis de cada uno de estos tres elementos de acuerdo con el orden expuesto.

II. El requisito de la contractualidad de las condiciones generales.

Como hemos dicho, de la ley se deduce que ha de tratarse de cláusulas destinadas a formar parte del contenido de un contrato. El estudio de este requisito plantea varios problemas.

1. A la vista del tenor de la ley, la doctrina mayoritaria deduce, en primer lugar, que no son condiciones generales aquellas cláusulas que recojan en su tenor literal, normas jurídicas que en todo caso serían aplicables al contrato¹⁰. Esta opinión debe ser precisada. A nuestro juicio, y de acuerdo con lo que se expuso en el Capítulo I, estas cláusulas sólo pierden el carácter de condiciones generales cuando se limiten a reproducir literalmente la norma legal o reglamentaria, porque en estos casos, el predisponente no se arroga facultad alguna ni siquiera en lo que hace a la formulación. Ahora bien, el hecho de que la cláusula recoja el contenido de una disposición legal no significa que deje de ser una condición general. Significa únicamente que no podrá ser declarada nula por

¹⁰ Doctr. unánime. Vid. por todos HEINRICHS NJW (1977) p 1506. Entre nosotros, por todos GARCIA AMIGO Condiciones p 134.

contraria a la buena fe, precisamente porque, según vimos, la legitimidad del contenido de las condiciones generales -y por tanto su validez- se basa en que el mismo es referible a una norma admitida por el ordenamiento. Pero, obviamente, quedará sometida a las disposiciones de control de la formulación (Transparenzgebot)

Lo propio cabe decir respecto a aquellas condiciones generales que recojan reglas de Derecho consuetudinario. La razón es idéntica que para las condiciones generales que son normas jurídicas.

2. Planteaban dudas las condiciones generales elaboradas por la administración para regular la utilización de instalaciones públicas (piscinas, zonas de recreo etc)¹¹. La cuestión ha recibido una respuesta expresa en el art. 10.1 I LCU que incluye a las condiciones generales que se apliquen a la venta de productos o servicios que "faciliten las administraciones públicas". Ninguna duda cabe sobre el sometimiento a control de las condiciones generales de empresas públicas (vid. art. 10.3 LCU) incluidas las

¹¹ La doctrina mayoritaria en Alemania distingue entre los supuestos en los que la relación se regula conforme al Derecho público de aquellas reguladas conforme al Derecho privado sometiendo analógicamente estas últimas al control de la AGB-G. Así SCHLOSSER § 1.3; más det. ULMER § 1.9-10. Por una aplicación directa de la ley WOLF Einleitung nº 20. Respecto a los contratos administrativos las condiciones de los mismos no quedan sometidas a la ley de consumidores sencillamente -entre más razones- porque dichos contratos se celebran entre la Administración y empresas. Sobre si se aplica la ley a los acuerdos de una asociación en los que se establecen las reglas de utilización de sus instalaciones por terceros: vid al respecto F. MATTERN "AGB und sonstige Formulklauseln in der Rechtsprechung des BGH" WM 1974 p 762.

concesionarias de servicios públicos (Renfe, Iberia, Autopistas, Compañías eléctricas, Teléfonos). Pero no creemos que pueda irse tan allá como para someter a control las cláusulas que regulan la prestación de servicios públicos por el Estado. A nuestro juicio, el límite -traspasado el cual no procede el control- se encuentra en aquel caso en el que los servicios públicos no se presten en virtud de una relación contractual sino en virtud de una relación de Derecho público. Lo propio cabe decir respecto a Correos y en general todos aquellos servicios en los que el "precio" de la prestación tiene la consideración de tasa¹².

3. Son verdaderas condiciones generales, en cambio, aquellas que han sido aprobadas por la Administración. La mayoría de la doctrina admitía ya con anterioridad a la LCU que la aprobación administrativa no modifica el carácter de las condiciones generales¹³.

¹² Puede ser útil en este punto, la distinción entre precio, tarifa y tasa. A nuestro juicio, en los servicios que se prestan contra el pago de una tasa no parece posible hablar de condiciones generales respecto a las normas de utilización de dicho servicio. Mayores dudas caben respecto a las tarifas. Aunque la doctrina señala que no se trata de un "elemento contractual" (vid. J. TORNOS MAS Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas, Bolonia 1982 pp 100-101), el amplísimo tenor literal de la LCU permitiría su inclusión en el mecanismo de control de las condiciones generales. No obstante, nos pronunciamos por la negativa, dada la estrecha conexión existente entre tarifa y subvención que suponen "extraer" la prestación de dichos servicios del mercado (TORNOS ibidem).

¹³ Doctrina unánime en Alemania. Vid. por todos ULMER § 1.10; Para Italia, vid. el interesante cambio de postura de la jurisprudencia respecto a la aplicación del art. 1341. 2 Codice Civile a los contratos de

La cuestión queda definitivamente resuelta en el art. 10.3 LCU que establece el sometimiento a la aprobación administrativa de determinadas condiciones generales y finaliza señalando que "todo ello sin perjuicio del sometimiento a las disposiciones generales de esta ley".

4. En cuanto que ha de tratarse de cláusulas contractuales, han de ser cláusulas destinadas a tener "fuerza de ley entre las partes" (art. 1255 CC) y, por tanto, no son condiciones generales los meros ruegos a los clientes en forma de avisos¹⁴.

5. También quedan sometidas a control las cláusulas de los estatutos de propiedad horizontal cuando su contenido ha sido predispuesto por el promotor y se imponen a los adquirentes de las viviendas¹⁵.

empresas públicas o a las cláusulas aprobadas por la administración en D. MEMMO "Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione" en Contratto e Impresa nº 2 (1985) pp 376-392; entre nosotros GARCIA AMIGO RDM 1965 pp 371 ss que hace referencia a la distinción entre acto de aprobación y acto aprobado; SANCHEZ CALERO Instituciones p 35; DE CASTRO ADC 1961 p 298; vid también STS 28.3.1956 (Ar 1539) contra URIA Derecho Mercantil Madrid¹², 1982 p 24; aparentemente también contra POLO RDP 1942 p 718. Vid sin embargo art. 3.1 c) de la ley portuguesa de 1985 que excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales aprobadas por entidades públicas pero que al mismo tiempo permite a las asociaciones legitimadas para impugnar condiciones generales solicitar su modificación (art. 3.2).

¹⁴ Vid. S. OLG Schleswig 22.7.1983 (BUNTE Entscheidungssammlung IV 1983 § 1. nº 8). En el caso se trataba de un aviso colocado en un supermercado: "Por favor abran sus bolsos espontaneamente al llegar a la caja". Este tipo de avisos carece de cualquier fuerza vinculante para el cliente.

¹⁵ Vid. ULMER Festschrift Weitnauer (1980) pp 209 ss quien considera aplicable la ley de condiciones generales sólo por analogía al negar a estas cláusulas el carácter de contractuales y, por tanto, que cumplan los requisitos del § 1 AGBG; A. SAENZ DE SANTAMARIA

6. Según doctrina generalizada, a los efectos de la noción de condiciones generales es irrelevante el contenido de las mismas. Por lo tanto, quedan sometidos a control los acuerdos referidos a cuestiones procesales y las que regulan los essentialia negotii¹⁶.

A nuestro juicio, sin embargo, dichos acuerdos, aún cuando hayan sido prerredactados no son condiciones generales en sentido legal porque no han sido impuestas por el empresario al consumidor. Dichos elementos no son tales "cuya aplicación no puede evitar el consumidor" porque respecto a ellos cabe esperar que el consumidor haya seleccionado (shopping) entre las distintas ofertas del mercado, y por lo tanto, y de acuerdo con lo expuesto en el capítulo primero, existir un acto de autodeterminación. De la argumentación de esta afirmación nos ocuparemos inmediatamente al examinar el requisito de la imposición.

7. Sí son condiciones generales las cláusulas que

VIERNA "Dictamen: Estatutos de propiedad horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores"(RCDI 64 (1988) nº 588 pp 1647-1669 p 1651 especialmente) considera aplicable directamente la ley. La cláusula en cuestión decía: "los departamentos del edificio que no se hubieran vendido por la entidad mercantil X.SA (promotora del edificio) mientras permanezcan en posesión de dicha sociedad no contribuirán a los gastos... comunes". El análisis de Saenz de Santamaría para justificar el carácter abusivo de la cláusula parece plenamente compatible.

¹⁶ Vid., por todos, ULMER § 1.7. En Alemania, sin embargo, la cuestión no tiene la misma trascendencia que entre nosotros, porque allí este tipo de cláusulas quedan excluidas del control del contenido por aplicación del § 8 AGB-G.

regulan aspectos referentes a la celebración del contrato. Es decir, las cláusulas que están destinadas a producir efectos antes o en la celebración del contrato¹⁷. Ello se desprende del hecho de que el art. 10.1 I LCU haya incluido expresamente las condiciones generales que se apliquen a la "oferta" de bienes o servicios, en cuyo caso no estamos ante contrato alguno que ya se haya celebrado¹⁸. Por tanto, quedan sometidas a control las "cláusulas de celebración del contrato" en las que el predisponente se reserva un plazo para aceptar la oferta emitida por el cliente; las cláusulas de confirmación en las que el cliente declara haber conocido y aceptado las condiciones generales; aquellas en las que se establece que el contrato quedará celebrado tácitamente si el empresario no responde negativamente a la solicitud del cliente etc. Respecto a las cláusulas en las que se establece que el contrato quedará celebrado si el cliente no contesta nada en un plazo determinado, son irrelevantes para el cliente¹⁹.

¹⁷ Vid. por ej. art. 9 I AP: "las cláusulas de unas condiciones generales no podrán reservar al contratante que las utilice un plazo excesivamente largo para aceptar o rechazar una oferta contractual".

¹⁸ Similar DUQUE 3 EC 1984 p 64.

¹⁹ Doctrina unánime. Vid. por todos ULMER § 2.63. Un ejemplo de este tipo consiste en el envío de una comunicación por el empresario a sus clientes en las que les comunica que si no se manifiestan expresamente en contra, se considerará celebrado un nuevo contrato (además del existente) en un plazo determinado. La razón de la irrelevancia es que mediante condiciones generales no se puede presumir el consentimiento contractual, porque las condiciones generales sólo pueden pretender validez una vez que el contrato ha quedado válidamente celebrado (vid. SCHLOSSER § 2.40) Este tipo de cláusulas derogan las reglas sobre la formación del contrato

8. Quedan sometidas a control las cláusulas que sean condiciones generales, con independencia del tipo de contrato celebrado. Aunque el art. 10.1 a) LCU se refiere a la venta de bienes o servicios, dicha expresión no debe entenderse en sentido técnico. A favor de ello puede argumentarse, en primer lugar, que el art. 10.2 LCU, en la definición legal, no distingue ("a todos los contratos"); en segundo lugar, la "venta de servicios" no puede considerarse en nuestro Derecho como una compraventa sino como un arrendamiento de servicios o, en su caso, de obra o como un mandato o una comisión; por último, la lista de cláusulas prohibidas incluye supuestos aplicables a contratos distintos de la compraventa. Así, por ej. el art. 10.1 c) 4º LCU se refiere a las "condiciones abusivas de crédito", el art. 10.1 c) 7º LCU a las relaciones entre bancos y clientes etc.^{2º}.

9. También quedan sometidas a control las condiciones generales que se refieran a negocios

alterando el valor limitado del silencio como declaración de voluntad. Son distintas las cosas en el seno de relaciones duraderas cuando se pretende la modificación de alguna de las condiciones del contrato, cuando dicha posibilidad de modificación ha sido prevista en las condiciones generales. En este caso, la buena fe puede exigir al cliente "que hable- por lo que el predisponente puede considerar lícitamente aceptada la modificación. No es el caso cuando se modifica sustancialmente el contrato o se amplía su objeto. Vid. un ejemplo de estas prácticas en Cinco Días del lunes 26 de junio de 1989 p 18.

^{2º} En el mismo sentido, LOPEZ-SANCHEZ RGLJ 1987 pp 630-631.

jurídicos unilaterales cuando la declaración de voluntad del cliente se realice sobre la base de cláusulas prerredactadas presentadas por el empresario²¹. Estos son los casos de poderes otorgados sobre la base de un formulario, autorizaciones para ser sometidos a intervenciones quirúrgicas, finiquitos, renunciaciones al ejercicio de acciones legales etc. Si bien aquí no se trata de contratos, la necesidad de protección que trata de cubrir la LCU es idéntica, en cuanto el empresario se arroga en exclusiva y de modo planificado el derecho a determinar el contenido de una declaración de voluntad del cliente. Obviamente, no son condiciones generales las declaraciones de voluntad del propio empresario porque en el caso no se arroga ninguna competencia que no le corresponda exclusivamente a él²².

III. El requisito de la predisposición.

En segundo lugar, para ser condiciones generales

²¹ Doctrina mayoritaria en Alemania. Vid. ULMER § 1.16 (aplicación analógica); STEIN § 1.7; ERMANN/HEFERMEHL § 1.6; DIETLEIN/REBMANN AGB-Aktuell § 1.3 (limitadamente); Contra HEINRICHS NJW 1977 p 1505.

²² ULMER § 1.18; SOERGEL/SIEBERT/STEIN § 1.18. Por la misma razón no son condiciones generales los carteles de ¡cuidado! ¡aviso! colocados a la entrada de propiedades privadas con acceso para el público porque lo que tratan es de limitar la responsabilidad extracontractual permitiendo considerar como culposa la actuación de la víctima en caso de que se produjese un accidente.

han de ser cláusulas redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas. Esta característica de las condiciones generales consta de dos elementos. El primero es el de la prerredacción o predisposición de las cláusulas. El segundo, el relativo a la autoría de la redacción y a su carácter unilateral ha de ponerse en relación con el requisito de la imposición del que nos ocuparemos más adelante.

1. Predisposición significa que las condiciones contractuales han sido elaboradas con anterioridad a la fase de negociación del contrato²³, lo que ha de entenderse en relación con el requisito de que lo hayan sido para todos los contratos que la empresa celebre. Por tanto, no hay condiciones generales cuando las cláusulas hayan sido redactadas en el marco de la celebración de un contrato concreto. El hecho de que posteriormente el empresario utilice dichas condiciones como condiciones generales para los demás contratos que celebre no altera la calificación de las mismas respecto al contrato singular para el cual se redactaron. Para éste no tendrán la consideración de condiciones generales.

No es necesario que las condiciones generales estén fijadas de antemano por escrito sobre un soporte material (papel, video, telex, cinta

²³ BERLIOZ Contrat d'adhesion p 27.

magnetofónica...)²⁴. Por lo tanto, son condiciones generales aquellas que el predisponente ha hecho aprender de memoria a sus empleados y les ordena incluir en todos los contratos²⁵. "Redactadas" debe entenderse en el sentido de formuladas, esto es, con un contenido determinado sin que signifique necesariamente "redactadas por escrito". Otra solución plantearía

²⁴ Doctrina mayoritaria: Vid. ULMER § 1.20; WILLEMSSEN NJW 1982 p 1122. Basta con que esten "procesadas en la cabeza" del predisponente KÖTZ Münchkomm § 1.14; WOLF § 1.19; NICKLISCH BB 1974 p 949; contra SCHLOSSER § 1.16; KOCH/STÜBING § 1.3; ERMAN/HEFERMEHL § 1.7; STEIN § 1.9 quien argumenta con razón que las condiciones generales deben estar fijadas con anterioridad porque si no, bastaría que el que en los mismos contratos quisiera y pudiera aplicar siempre las mismas condiciones para que estuviera utilizando condiciones generales. Lo razonable del argumento se observará recordando el ejemplo expuesto por PAWLOWSKY (BB 1978 pp 161-162): "según la fórmula citada (se refiere al § 1 AGB-G) también entraría dentro del ámbito de aplicación de la ley el contrato celebrado entre dos estudiantes para la venta de una bici cuando el vendedor pretendiera incluir una cláusula que hubiera oído a menudo que dijera "sin garantía" o "como está". Porque también dichas cláusulas han sido preformuladas para una pluralidad de contratos". Pawlowsky olvida, naturalmente, que es necesario que las cláusulas hayan sido preformuladas para servir de regulación a una pluralidad de contratos y no con que sean susceptibles de servir para incluirse en cualquier contrato. Además y sobre todo, el ejemplo expuesto no responde en absoluto a la idea de que las condiciones generales han de ser un producto de la racionalización y un acto de planificación de la actividad contractual, caracteres que aquí no concurren. En todo caso, la crítica no es aplicable al Derecho español, porque estaríamos ante un contrato celebrado entre particulares que no cae dentro del ámbito de aplicación del art. 10 LCU. En contra del razonamiento de Stein expuesto, la doctrina mayoritaria no afirma que las condiciones generales no hayan de estar preconcebidas para ser aplicadas, sino que dicha prediposición no ha de estar necesariamente recogida de forma material en un texto escrito y este no es, naturalmente, el caso de quien celebra tres contratos iguales y consigue las mismas condiciones en los tres.

²⁵ Vid. recient. S BGH 30-9-1987 BB 1988 pp 14-16 que recoge la opinión mayoritaria.

difícilísimos problemas de prueba del carácter prerredactado cuando las condiciones generales figurasen a mano o a máquina en el contrato o en un ordenador.

2. El mayor problema que plantea la definición legal de la LCU es que parece exigir que las cláusulas hayan sido redactadas por la empresa o grupo de empresas que las utiliza, con lo que prima facie bastaría con que una empresa utilizase condiciones generales redactadas por un tercero (por ej. una asociación empresarial, extraídas de un libro de formularios...) para que quedase fuera del control legal. Se trata, por tanto, de examinar si es posible una interpretación de la norma que evite dicho resultado a todas luces contrario a la finalidad de protección de la norma en cuanto facilita el fraude de ley²⁶.

a) El punto de apoyo más sólido para efectuar dicha interpretación en el tenor de la norma es la referencia a una "empresa o grupo de empresas". Una vez más, los términos no deben entenderse en sentido técnico²⁷, puesto que si así fuera la referencia debería hacerse a un "empresario" ya que una empresa no es un sujeto de Derecho, sino simplemente un tipo de actividad económica. Por tanto no es necesario entender "grupo de empresas" como "holding" o "Konzern", esto es como empresarios jurídicamente independientes pero

²⁶ Así DUQUE 3 EC (1984) p 62; LOPEZ SANCHEZ RGLJ (1987) p 628; LACRUZ Elementos p 37.

²⁷ Así tb. DUQUE 3 EC (1984) p 62: "agrupación profesional de empresarios".

económicamente ligados entre si, de forma que cabrían en el tenor literal del precepto las condiciones generales redactadas por una asociación de empresarios para que las utilicen los miembros de la misma. Con ello estaríamos ante un supuesto claro en el que son condiciones generales en sentido legal cláusulas no redactadas materialmente por el sujeto que las utiliza. Hay más.

b) Sin salir del tenor literal del precepto, nada impone que el que las utiliza las haya redactado. En efecto, el texto legal afirma que "se entiende por cláusulas de carácter general el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquélla o éste celebren". Pues bien, lo único que stricto sensu exige el precepto es que el empresario que las utiliza, utilice cláusulas redactadas "previa y unilateralmente por una empresa o grupo de empresas para aplicarlas a todos los contratos" que celebren. Que dicho empresario sea el mismo que la "empresa o grupo de empresas" que redactó las cláusulas no viene exigido por el texto legal²⁸. Lo único que se exige es que el autor

²⁸ Vgr. el empresario A redacta previa y unilateralmente unas condiciones generales para sus contratos. El empresario B utiliza esas condiciones generales para los suyos: está claro que las condiciones generales del empresario B han sido redactadas por una empresa para aplicarlas a todos los contratos que celebre. No puede decirse que esta interpretación sea inadmisibile porque inmediatamente el precepto exija además "cuya aplicación no puede evitar el consumidor" porque aquí "cuya aplicación" significa simplemente que el empresario que las utiliza las impone y no las negocia. El art. 10.2 I LCU, a diferencia del art. 1 AP no hace referencia alguna al requisito de la imposición

sea un empresario o un grupo de empresarios.

c) Por tanto, puede concluirse que a pesar de lo deficiente del precepto, también son condiciones generales en sentido legal las cláusulas utilizadas por un empresario distinto al que las redactó²⁹

Obviamente, en nada cambia la situación el hecho de que las condiciones generales hayan sido elaboradas por encargo del empresario a un despacho de abogados o hayan sido copiadas de un libro de formularios.

3. El precepto legal exige que las cláusulas hayan sido redactadas para aplicarlas a todos los contratos que la empresa o el grupo de empresas celebren. Nuevamente el tenor literal facilita el fraude a la ley. Bastaría con que la empresa no pretendiera su aplicación mas que a un grupo determinado de contratos para que dejara de ser aplicable la ley³⁰.

a) En la interpretación correcta del precepto debe tenerse en cuenta en primer lugar, que la norma no exige que todos los contratos de esa empresa se celebren conforme a las condiciones generales sino únicamente que hayan sido redactadas con la finalidad de aplicarlas a

desde el punto de vista del empresario, sino del consumidor, lo que argumenta a favor de la interpretación aquí sostenida, aún cuando reconozcamos su discutibilidad.

²⁹ Así también en cuanto a la conclusión DUQUE 3 EC (1984) p 63; LOPEZ-SANCHEZ RGLJ 1987 p 628; LACRUZ Elementos p 37; R. BERCOVITZ Estudios p 189.

³⁰ Nuevamente sobre lo escasamente cuidadoso de la redacción legal, DUQUE 3 EC (1984) pp 64-65; LOPEZ SANCHEZ RGLJ (1987) p 629.

todos los contratos³¹.

b) En segundo lugar, es obvio que la norma no puede estar refiriéndose a todos los contratos celebrados por la empresa, porque dicha afirmación ha de entenderse en conexión sistemática con el ámbito subjetivo de aplicación de la ley, esto es, todos, son en principio sólo los contratos que la empresa celebre con consumidores, por lo tanto, se cumplen los requisitos legales cuando las cláusulas estén redactadas para los contratos con consumidores aún cuando la empresa tenga otros formularios para sus relaciones con otros empresarios (condiciones generales de compra a proveedores, por ejemplo).

c) En tercer lugar, debe entenderse que "todos", son los contratos de una misma clase o tipo. No puede afirmarse que, verbigracia, las condiciones generales de un contrato de cheque utilizadas por un banco no han sido redactadas para aplicarlas a todos los contratos porque no estén destinadas a aplicarse a los contratos de alquiler de cajas de seguridad.

Con ello quedarían cubiertos por el tenor literal de la definición al menos los siguientes supuestos:

Primero: Supuestos en que un empresario redacta condiciones generales para aplicarlas a todos los contratos de un mismo tipo que celebre en el futuro con consumidores con independencia de que efectivamente más

³¹ Es precisamente la finalidad de aplicación lo más característico de las condiciones generales. Vid. por todos ESSER/SCHMIDT Schuldrecht T I (Parte general) Heidelberg⁶ 1984 p 160.

tarde los aplique a uno, varios o a todos los contratos efectivamente celebrados³². El número de contratos para los que se redactaron las condiciones generales y una vez que pueda considerarse la predisposición como un acto de planificación empresarial es irrelevante³³, por lo tanto, no hace falta que sea un número indeterminado. Piénsese por ej. en el formulario prerredactado para la venta de los pisos de una urbanización³⁴.

Segundo: Supuestos en que un empresario utiliza condiciones generales redactadas por otra empresa o por una asociación empresarial cuando éstos los hubieran redactado para que sirvieran de base a sus contratos o los de sus asociados. Es indiferente que el empresario que las utiliza lo haga una sólo vez o muchas³⁵.

³² Vid. sobre el número mínimo SCHLOSSER § 1.15; ULMER § 1.24. Por lo tanto es irrelevante que el "todos" sea un número indeterminado o determinado. Pero en este último caso sería necesario que las hubiera redactado para una pluralidad de contratos porque en otro caso no sería un acto de planificación de la actividad contractual. Vid ERMAN/HEFERMEHL § 1.8; DIETLEIN/REBMANN AGB-Aktuell § 1.5.

³³ Este es el criterio para decidir cuando hay un número suficiente o no como para considerar que estamos ante condiciones generales. Obviamente si se preparan condiciones contractuales para dos o tres contratos no puede hablarse razonablemente de que exista un "acto de planificación empresarial".

³⁴ Vid contra DUQUE 3 EC (1984) p 65: "la exigencia legal debe leerse como aplicación a una pluralidad indefinida de contratos". No vemos la razón de exigir que se trate de una pluralidad indefinida de contratos. Duque traspassa ya el tenor literal del art.10.2 I LCU al no exigir que se trate de todos ¿por qué entonces exigir que se trate de un número indefinido? Tanto más cuanto "todos" puede ser un número determinado.

³⁵ SCHLOSSER § 1.15; DIETLEIN/REBMANN AGB-Aktuell § 1.7. El acto de planificación empresarial lo lleva a cabo el empresario concreto aprovechándose de las

No quedan cubiertos los supuestos en los que el empresario utiliza en sus contratos condiciones que no fueron redactadas para aplicarse a todos los contratos de una empresa o grupo de empresas; aquél en el que una empresa tiene varios clausulados generales diferentes para un mismo contrato; ambos casos, sin embargo, deben considerarse como incluidos en la regulación del art. 10 LCU aplicando analógicamente la definición del art. 10.2 I LCU en cuanto se da la identidad de razón, la cual como vimos consiste en que el empresario realiza un acto de planificación de la actividad contractual de su empresa³⁶.

En este punto, la redacción del AP es mucho más afortunada porque define las condiciones generales como "las cláusulas redactadas previamente y con carácter general por (el que las utiliza)... o por un tercero", con lo que prevé expresamente el supuesto del que utiliza condiciones generales que no ha redactado él mismo. Algunas dudas puede suscitar el término "general" contenido también en la definición, que puede entenderse en el mismo sentido que "para todos" los contratos o simplemente como "no para el caso concreto". Parece que una aplicación amplia de la ley exige entenderlo en el segundo sentido.

IV. Requisito de la imposición.

1. El requisito más problemático entre los exigidos por la definición legal de las condiciones generales es el de la imposibilidad para el consumidor de evitar su condiciones generales redactadas por el tercero.

³⁶ La STS 31.5.1988 (Ar 4132) parece admitir la posibilidad de aplicación del régimen del art. 10 a supuestos que estrictamente no caben en el tenor literal del art. 10.2. I LCU: "la concreción no excluye una hermenéutica generalizadora".

aplicación siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate.

Con este requisito se hace referencia al segundo elemento característico de las condiciones generales, el que su incorporación al contenido del contrato no se produce tras un proceso de negociación entre las partes sino a iniciativa de una de ellas sin que la otra tenga oportunidad de influir en el mismo. En este punto, resulta necesario analizar el sentido general del requisito, las relaciones entre la imposición y la posición de monopolio así como aquellos supuestos en los que debe negarse la existencia de imposición a pesar de que las condiciones generales pasen al contrato sin haber sido modificadas en relación con la redacción que les dio el predisponente.

Es muy discutible que el que las condiciones generales sean impuestas por una de las partes a la otra en la celebración del contrato sea un requisito exigido por "la naturaleza de las cosas". Contra el mismo se han alzado ya de lege ferenda algunas voces³⁷ y con un excelente criterio y visión de futuro ha prescindido de él alguna legislación³⁸. En efecto, el derecho -el control- de las condiciones generales se basa como hemos tratado de demostrar, en la idea de que el principio de la intangibilidad de los contratos celebrados entre particulares sólo debe respetarse en tanto el contenido del contrato sea un producto de la autodeterminación de ambas partes. En la medida en que tal autodeterminación bilateral no haya existido, y no sea posible obtenerla mediante instrumentos de "control del consentimiento", el control de la "justicia" del contenido del contrato aparece como la respuesta del

³⁷ Así KRAMER ZHR 146(1982) p 116; PFLUG Kontrakt p 310.

³⁸ Así, la ley portuguesa de 1985 define las condiciones generales en su art. 1 como las "clausulas elaboradas de antemao, que proponentes ou destinatarios indeterminados se limitem respectivamente, a subscrever ou aceitar..."

ordenamiento³⁹. También hemos señalado que el hecho de que los términos de un contrato sean planteados por una de las partes a la otra como un "lo toma o lo deja" no excluye, ni siquiera típicamente, que haya existido autodeterminación en la decisión del que se somete al clausulado, en la medida en que le cupiera -como una opción razonablemente exigible- renunciar a contratar y dirigirse a otros oferentes. Es la prerredacción la que típicamente elimina la posibilidad de actuación autodeterminada. Los casos marginales en los que la predisposición no afecta a la libertad de decisión negocial del adherente pueden tenerse en cuenta, por ej. en Derecho alemán por medio del § 1.2 AGBG que excluye del Derecho de las condiciones generales aquellas cláusulas prerredactadas que "hubieran sido negociadas en particular".

2. El requisito de la imposición hace referencia al carácter de los contratos celebrados conforme a condiciones generales de contratos de "lo toma o lo deja". Es decir, las condiciones generales forman parte de un "paquete" único que ofrece el empresario junto con la prestación de modo que no le es dado al cliente obtener el bien o el servicio sin admitir la validez de

³⁹ En un sistema jurídico basado en la autonomía privada, y de acuerdo con la concepción de la misma que se expuso en el capítulo primero, cuando un sujeto se vincula voluntariamente en un mercado que no funciona con arreglo a criterios de competencia, su vinculación se limita a las condiciones que se hubieran establecido en un mercado competencial, condiciones "justas" que establece el Estado "desde fuera". Así ocurre en todos aquellos supuestos en los que uno de los contratantes se encuentra en posición de monopolista (abuso de posición dominante), bien por la inexistencia de competencia relevante en el mercado, bien por tratarse de mercados con información insuficiente o defectuosa. El ordenamiento no responde desvinculando al sujeto, como sucede en el caso de los vicios del consentimiento precisamente porque, dada la ausencia de mercado concurrencial, aunque así se hiciese, el sujeto no podría posteriormente adoptar una "decisión racional", actuación que podría llevar a cabo sin dificultades en el caso de que, como ocurre con los vicios del consentimiento, el mercado funciona en general aunque no lo haya hecho en el caso concreto.

las condiciones generales⁴⁰. A contrario se entiende bien el sentido de la característica de las condiciones generales que analizamos: significa que el contrato se presenta de tal forma al cliente que éste sólo tiene dos opciones reales, contratar conforme a las condiciones preestablecidas por la otra parte o rehusar el contrato⁴¹. El análisis detallado del requisito de la

⁴⁰ En este sentido Wolf afirma que, en la contratación con condiciones generales se produce una Koppelung, un anudamiento o ligazón entre las condiciones generales y la celebración del contrato: "El anudamiento de la celebración del contrato y el reconocimiento de las condiciones generales afecta a la libertad del sometido en la medida en que (éste)... al adoptar su decisión (sobre si contrata o no) no puede limitarse a tener en cuenta los puntos de vista referidos a la decisión sino que ha de contar con las consecuencias ligadas a la celebración del contrato" (M. WOLF Entscheidungsfreiheit p 127). Es decir, el cliente acepta las cláusulas no porque le parezcan convenientes o razonables, sino por razones ajenas, porque se queda sin la prestación objeto del contrato.

⁴¹ El análisis de este requisito puede realizarse más expresivamente examinando la disposición adicional 2ª parr. 2 de la Ley de arbitraje, que modifica el art. 10 LCU añadiendo el siguiente párrafo:

"Los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez exigen las leyes, resultan claros y explícitos. La negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral distinto del previsto en el art. 31 de esta ley no podrá impedir por sí misma la celebración del contrato principal".

Este precepto ha sido calificado con razón como desafortunado, y lo es porque la regulación que establece resulta contraria al espíritu de la ley de consumidores en la cual pretende enmarcarse y en concreto al espíritu y a la letra de la regulación de las condiciones generales del art. 10 LCU. La interpretación del precepto plantea numerosos interrogantes. Aquí nos vamos a referir principalmente a uno de ellos que es el que tiene que ver con el tema que nos ocupa, esto es, con el requisito de la imposición como presupuesto para que -según el art. 10. 2 LCU- podamos hablar de que estamos en presencia de una condición general y por lo tanto, se aplique el régimen

de control. Si, como acabamos de exponer sólo estamos ante condiciones generales cuando se trata de cláusulas que se imponen al adherente ¿cómo podemos decir que una cláusula de sometimiento a arbitraje es una condición general si el cliente puede negarse a aceptarla y ello no obstante obligar al predisponente a celebrar el contrato según dispone el inciso final de la disposición adicional que comentamos? Por tanto, realmente, la norma debería entenderse como una prohibición de incluir un pacto de sometimiento a arbitraje en condiciones generales.

En efecto, en primer lugar, para que el derecho del cliente a celebrar el contrato sin la cláusula de sometimiento a arbitraje sea eficaz, parece imprescindible que el consumidor haya conocido previamente la cláusula y haya conocido también la posibilidad de optar que la norma le reconoce. Lo que significa para el predisponente la carga de mencionarle expresamente la existencia de la cláusula de arbitraje y aclararle su trascendencia. La protección que la norma pretende ofrecer sólo es efectiva cuando el cliente haya leído y comprendido realmente la cláusula y se le haya comunicado su derecho a celebrar el contrato sin dicha cláusula, sin que el cumplimiento de los requisitos de inclusión del art. 10.1 a) sea suficiente puesto que, como veremos, dichos requisitos sólo garantizan la cognoscibilidad de las condiciones generales pero no su conocimiento efectivo. Tampoco resuelve el problema el hecho de que esta disp. ad. 2ª exija que el convenio arbitral (sic) sea "claro y explícito", porque dicha exigencia no añade nada nuevo a los requisitos de inclusión del art. 10.1 a) LCU. El requisito de la claridad está expresamente recogido ya en este precepto y, en lo que hace a la necesidad del carácter "explícito" del sometimiento a arbitraje y suponiendo que el legislador haya querido decir "expreso", sería ya demasiado admitir el sometimiento a arbitraje deduciéndolo de presunciones o del comportamiento del cliente. En segundo lugar, si el cliente ha conocido efectivamente la existencia de la cláusula y la posibilidad de optar, no estaríamos ya ante el supuesto previsto en el art. 10.2 I LCU de "imposibilidad de evitar la aplicación" puesto que precisamente dicha disposición adicional 2ª le otorga el derecho a celebrar el contrato sin incluir la cláusula de arbitraje. Si la interpretación que proponemos es correcta, entonces carece de sentido tanto el primer inciso de la disposición ("los convenios arbitrales establecidos en la contratación a que se refiere este artículo -es decir, en condiciones generales- serán eficaces"...) como la remisión que el art. 5 II de la propia ley de arbitraje hace a la legislación sobre "contratos de adhesión".

Esta es, podemos decir, la interpretación "inocente" de la norma. Pero la misma es discutible

desde el punto de vista del tenor literal de la disposición. Cabe también una interpretación "perversa", (en la expresiva fórmula del profesor PANTALEON) más acorde con el tenor literal pero incompatible con el art. 10 LCU y con el 5 II de la propia ley de arbitraje. Para ello, basta con suponer que los auténticos "padres" de la ley temieran que los jueces declararan nulas las cláusulas de condiciones generales de sometimiento a arbitraje cuando el adherente es un consumidor aplicando el art. 10.1 c) LCU. Si esta suposición es cierta, lo más oportuno para conjurar tal peligro consistiría como es obvio en introducir en la propia ley de consumidores un párrafo que diga expresamente que los convenios arbitrales en relaciones con consumidores son válidos (Obsérvese que la disp. ad. 2ª dice expresamente "los convenios arbitrales establecidos (en condiciones generales)... serán eficaces si, además de reunir los requisitos que para su validez..." Una disposición semejante en una ley de condiciones generales resulta muy chocante. En efecto, las normas de control de las condiciones generales, se limitan normalmente a decir **cundo las condiciones generales son nulas**, y no a decir cuáles son válidas. Afirmar expresamente la validez de un tipo de cláusulas no puede tener otro sentido que prohibir a los jueces que efectúen un control del contenido de las mismas.), con lo cual (y a pesar del art. 10.1 c) LCU en relación con el art. 10.4 LCU), los jueces no podrían declararlos ineficaces. La contradicción de tal párrafo con el resto del articulado de la LCU que tiene como principio fundamental la protección de los consumidores sería demasiado patente. De ahí que se añada el segundo inciso: el cliente puede rechazar la inclusión de la cláusula de arbitraje sin tener por ello que renunciar a contratar. La operación de maquillaje se completa con el art. 5 II, en cuanto se afirma pomposamente el sometimiento de las cláusulas de arbitraje a las normas de control de las condiciones generales. Pero ¿qué sentido tiene la referencia si el arma más potente que tiene el control -es decir, la declaración de nulidad de la cláusula (art. 10.4 LCU)- no es aplicable a los pactos de sometimiento a arbitraje que sean claros y explícitos?

De acuerdo con estos presupuestos, la interpretación "perversa" de la disp. ad. 2ª sería la siguiente: El predisponente puede incluir una cláusula de sometimiento a arbitraje en condiciones generales; para que sea válida basta con que de la misma pueda deducirse de manera clara y explícita el sometimiento de las controversias que surjan del contrato a árbitro o árbitros. Si el consumidor es de esa "rara avis" que lee y comprende todas las cláusulas, "descubre" la de arbitraje y la rechaza, el predisponente viene obligado a celebrar el contrato sin dicha cláusula. Si el consumidor es un adherente normal y no lee las condiciones generales, no descubrirá la cláusula de

imposición exige hacer referencia, por un lado, al problema del "predisponente monopolista" y por otro, a los presupuestos para que pueda afirmarse que no ha existido imposición. A ello dedicamos los próximos epígrafes.

3. El art. 10.2. I LCU no exige en modo alguno que el empresario se encuentre en una situación de monopolio de Derecho o de hecho⁴². Si bien es cierto que puede interpretarse así (en concreto la frase "siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate") no

arbitraje y la misma -a pesar de la remisión del art. 5 II de la ley de arbitraje a las normas de control de las condiciones generales- no podrá ser declarada nula aplicando el art. 10.1 c) LCU porque su validez está salvada de modo expreso por el primer inciso de la disp. adic. 2ª siempre que se adapte a lo previsto en la propia ley de arbitraje. En cuanto a la obligación de contratar que esta norma impone, carece de cualquier justificación desde el punto de vista del derecho de los contratos y su eficacia es más que dudosa. Es injustificable porque la imposición de obligaciones de contratar es un recurso para supuestos muy específicos (vid KILLIAN AcP 180 (1980) pp 47-83) y no vemos por qué razón ha de imponerse al predisponente el que renuncie a la misma. Su eficacia es más que dudosa porque lo que sucederá es que ante la negativa del cliente a aceptar la cláusula de sometimiento a arbitraje, el predisponente se negará a contratar pero, obviamente, no alegará como causa dicha negativa sino cualquier otra razón.

Como se observará, la diferencia entre una y otra interpretación consiste en si existe un deber de información específico respecto a la cláusula de arbitraje o no.

⁴² Así, sin embargo, DUQUE 3 EC (1984) p 65 siguiendo, probablemente a GARCIA AMIGO, quien había entendido en su monografía que las condiciones generales sólo presentan peligros cuando el predisponente goza de una situación de monopolio (GARCIA AMIGO Condiciones pp 169ss); en el sentido del texto LOPEZ-SANCHEZ RGLJ 1987 pp 629-630; R. BERCOVITZ Estudios pp 191-192; Matizadamente reconociendo que el tenor literal llevaría a la interpretación de Duque, LACRUZ Elementos vol II t. 2º p 36.

hay argumentos literales o teleológicos de peso que impongan tal interpretación.

a) En primer lugar, una interpretación de éste tipo reduciría extraordinariamente la protección en cuanto que bastaría que existiera otra alternativa en el mercado para que dejaran de considerarse las cláusulas como condiciones generales.

b) En segundo lugar, el tenor literal de la norma permite una interpretación más acorde con la finalidad de protección de la ley. A nuestro juicio, el "bien o servicio de que se trate" ha de entenderse en sentido específico, esto es, como la prestación concreta objeto del contrato concreto (no una lavadora o un préstamo, sino la lavadora o el préstamo). De esta forma la ley será aplicable con independencia de la posición que en el mercado ostente el predisponente⁴³.

En definitiva, pues, puede afirmarse que el art. 10.2 I in fine se limita a recoger la característica de las condiciones generales consistente en que su incorporación al contrato es producto de la voluntad exclusiva de una de las partes.

4. Por último, en el examen del requisito de imposición, conviene detenerse en la forma de determinar al predisponente. Denominamos predisponente al

⁴³ Todo ello prescindiendo del hecho de que, como vimos al hablar del análisis económico de las condiciones generales, la "ausencia de mercado competencial" en materia de condiciones generales es independiente de la existencia de un monopolista o no respecto al producto o servicio (supra § 6.III).

contratante que utiliza condiciones generales en un contrato concreto, esto es, el que impone las condiciones a la otra parte. Su determinación es importante porque sólo cuando las condiciones generales han sido impuestas por una de las partes a la otra estamos ante condiciones generales. En sistemas como el alemán o el español proyectado, en el que ambas partes pueden ser empresarios, la determinación de quién es el predisponente puede plantear más problemas y resulta en todo caso de gran importancia, porque la ley declara la nulidad de las cláusulas cuando reserven derechos exorbitantes al predisponente, mientras que las mismas no lo son sin dichos derechos son reconocidos sólo a la otra parte.

En estos sistemas, las dificultades para determinar la figura del predisponente pueden surgir en casos dudosos cuando en el contrato se remite a condiciones generales de un tercero, o cuando es un tercero el que ha introducido las cláusulas en el contrato. En estos dos casos puede plantear dificultades determinar a quién es imputable el que dichas condiciones hayan pasado a incorporarse al contrato⁴⁴.

El Tribunal Supremo Federal alemán ha extendido el control del contenido a condiciones contractuales preformuladas que no habían sido introducidas por ninguna de las partes en el contrato, sino por un tercero -mediador, asesor, notario-, es decir, supuestos en los que no hay imposición de la cláusula por una a la

⁴⁴ Para decidirlo puede atenderse a quién puede considerarse responsable de la intervención del tercero en el contrato (quién seleccionó al notario o al mediador...). No parece que sea suficiente el que las condiciones sean más beneficiosas en su contenido para una u otra parte.

otra parte. El BGH naturalmente no ha aplicado la AGB-G directamente, porque ello supondría un desarrollo judicial contra legem dado el claro tenor del § 1 AGB-G sino que ha recurrido al § 242 BGB -buena fe objetiva- que como es sabido constituía la sede tradicional del contenido de las condiciones generales con anterioridad a la AGB-G. Como criterio para determinar qué contratos individuales deben someterse a control, el BGH utiliza el concepto de "formelhafter Verwendung" esto es, se considera que se han utilizado condiciones generales cuando una de las partes del contrato -sin serle imputable la incorporación de la misma al contrato- se aprovecha de ella y se trata de cláusulas preformuladas que no han sido negociadas entre las partes sino introducidas en el contrato por un tercero independiente de las partes⁴⁵. Por tanto, estamos en presencia de cláusulas de este tipo cuando a) se trata de cláusulas recogidas en formularios, b) que se incorporan al contrato sin discusión entre las partes y c) una de las partes se aprovecha de la misma. Su ámbito de aplicación ha sido las cláusulas de exención de responsabilidad en las compraventas de inmuebles. La valoración doctrinal de esta línea jurisprudencial ha sido muy diferente⁴⁶. A la vez ello ha dado lugar a un debate de muy largo alcance acerca de si puede considerarse el control del contenido como un principio general del derecho de los contratos⁴⁷. Esta tendencia jurisprudencial al control del "formelhafter Verwendung" puede considerarse hoy asentada y sería deseable de lege ferenda incluir estas tendencias en el AP español, puesto que nuestros jueces no podrían -como han hecho los alemanes- recurrir al § 242 BGB.

En la LCU y de acuerdo con su ámbito de aplicación subjetivo, el predisponente ha de ser siempre un empresario. Con ello la determinación de quién sea en

⁴⁵ Sobre este concepto vid. ULMER § 1.81 y sobre todo S. BGH 17.9.1987 en BB 1988 pp 16-18 con abundantes referencias a la doctrina y a la jurisprudencia anterior, y notas siguientes.

⁴⁶ Vid un status quaestionis en H. ROTH "Die Inhaltskontrolle nichtausgehandelter Individualverträge im Privatrechtssystem" BB (1987) pp 977-84.

⁴⁷ Vid. M. LIEB "Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen" AcP 178 (1978) pp 196-226; G. HÖNN "Wirksamkeitskontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von Ungleichgewichtslagen" JZ 1983 pp 677-688; G. HÖNN Kompensation gestörter Vertragsparität Munich 1982 passim. Mayores referencias en ROTH cit en nota anterior.

cada caso el predisponente no planteará normalmente dificultades. Será. aquel de ambas partes que haya actuado en el ejercicio de una actividad económica organizada.

5. El requisito de la imposición no debe plantear, en principio, excesivos problemas. Su función consiste en excluir del control aquellos supuestos en los que a pesar de tratarse de cláusulas predispuestas, puede afirmarse que el cliente ha dado su consentimiento en sentido estricto a las mismas, es decir, cuando la aceptación de la cláusula concreta puede considerarse como un acto de autodeterminación por parte del cliente. Esto sucede fundamentalmente en tres tipos de supuestos:

a) aquellos en los que la introducción de unas condiciones generales en el contrato ha sido decidida de común acuerdo por ambas partes, lo que suele ocurrir en relaciones entre empresarios, del mismo modo que se elige un Derecho extranjero como lex contractus por su especial conexión con el contrato o porque contiene la regulación mejor adaptada al mismo⁴⁸;

b) aquellos eventualmente posibles en los que las condiciones generales, a pesar de pasar inalteradas al contrato han sido negociadas en el caso concreto, y

c) de modo más general a aquellas cláusulas respecto de las cuales ha existido selección por parte

⁴⁸ Vid., por todos LACRUZ Elementos p 35.

de los adherentes⁴⁹. Con la existencia de selección, según hemos visto, recobran su vigor los principios generales que rigen el ejercicio de la autonomía privada de forma que el control del contenido no tiene lugar y la ley es inaplicable. El primer tipo será examinado al hablar de las "guerras de formularios". A continuación nos ocuparemos de los dos últimos.

Respecto al supuesto de que una condición general durante el proceso de celebración sea modificada en su contenido, dicha cláusula no puede ser considerada como una condición general, porque al modificarse deja de estar predispuesta para una pluralidad de contratos.

6. En primer lugar, nos ocuparemos de determinar cuáles son los presupuestos necesarios para que pueda considerarse que una cláusula prerredactada ha sido negociada y cuando ha sido impuesta.

a) Debe descartarse la idea de que la imposición exija el ejercicio de una especial presión sobre el adherente para que acepte las condiciones generales⁵⁰.

Prueba de ello es una reciente evolución del derecho alemán que se refiere a la interpretación del

⁴⁹ Un ejemplo de estos supuestos sería el siguiente: C hace un pedido a V. V contesta enviando a C sus condiciones generales para que las estudie y manifieste su conformidad. C devuelve a V las condiciones generales modificadas en determinados puntos e inalteradas en otros. V acepta las modificaciones introducidas por C. Debe considerarse que también las cláusulas inalteradas han sido negociadas, en el sentido de que C podía haberlas modificado también.

⁵⁰ En el sentido del texto la doctrina mayoritaria; vid. por todos ULMER § 1.26; ROTH BB 1987 p 979.

verbo "stellen" en el § 1 AGB-G⁵¹. La doctrina dominante entiende hoy que el mismo no significa "auferlegen" (imponer) -como ha recogido el art. 1 AP⁵²- sino simplemente como imputabilidad a una de las partes de la incorporación de las condiciones generales al contrato, y añade que su función consiste más bien en determinar quién es el predisponente puesto que la ley anuda a dicha posición numerosas consecuencias jurídicas⁵³.

Cuando un empresario utiliza condiciones generales -las presenta a la otra parte en la celebración- crea la apariencia de que sólo está dispuesto a contratar sobre la base de las mismas⁵⁴, por lo que el cliente puede presumir legítimamente que el empresario no está dispuesto a negociarlas, lo que significa que no hay obligación alguna para el cliente de intentar discutir el contenido de las condiciones generales. La ley no pretende que el cliente discuta el contenido de las condiciones generales porque ello iría en contradicción con la función de racionalización que es precisamente el efecto que ha hecho que el legislador legitime el empleo

⁵¹ El § 1 AGB-G reza "Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt ..."

⁵² El art. 1 AP dice que se "considera que se utilizan condiciones generales de la contratación cuando una de las partes contratantes impone a la otra..."

⁵³ Detalladamente, ULMER § 1.26-27: "Veranlassung der Einbeziehung"; La función del "stellen" es "diejenige Vertragspartei zu bestimmen, der die Einbeziehung der AGB zuzurechnen ist". La exposición más amplia del significado del "stellen" puede verse en JAEGER NJW 1979 p 1569.

⁵⁴ RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1177; HEINRICHS NJW 1977 p 1508; ERMAN/HEFERMEHL § 1.18; WOLF Entscheidungsfreiheit p 126 nota 4; JACOBS JBL 1983 p 230.

de las condiciones generales⁵⁵. Esto significa que ha de ser el empresario el que ha de dar a conocer claramente al cliente su disposición a negociar las condiciones predispuestas si quiere que deje de aplicarse el Derecho de las condiciones generales, mostrando su disposición a modificarlas de acuerdo con los intereses del cliente. Para ello no basta con que el predisponente explique al cliente el contenido de la cláusula, porque ello, aunque es una conditio sine qua non para que pueda decirse que ha existido negociación, no tiene por qué ser entendido como una oferta de entrar en negociaciones. Tal disposición no puede admitirse fácilmente dada la finalidad racionalizadora de la utilización de condiciones generales, lo que se contradice con la negociación contrato por contrato. Además, no basta una declaración genérica de tal posibilidad, sino que la misma ha de ir referida a cláusulas concretas, por lo que no es suficiente con se ofrezcan al cliente dos formularios distintos para que elija uno de ellos⁵⁶. La existencia de tal disposición a negociar habrá que derivarla de las circunstancias.

b) Una vez determinado que dicha disposición existe, hay que preguntarse si el cliente puede someterse sin más a las condiciones generales y seguir disfrutando de la protección legal o bien ha de intentar

⁵⁵ Vid. KOCH/STÜBING § 1.23: "la finalidad de la ley no puede ser la de estimular al cliente para que negocie sino que su confianza en el contenido honrado de las condiciones generales no quede decepcionada"

⁵⁶ Doctrina unánime. Vid. por todos ULMER § 1.45.

la negociación porque en caso contrario ya no estaríamos ante cláusulas "cuya aplicación no puede evitar" el consumidor. A nuestro juicio, tampoco existe una obligación genérica para el cliente de aceptar la oferta de negociación del predisponente y de entrar a discutir las cláusulas⁵⁷. El tenor literal del art. 10.2 I LCU debe interpretarse restrictivamente para salvaguardar la finalidad protectora de la ley, y entender la exigencia de imposibilidad de evitar la aplicación como existencia de una posibilidad razonable de modificar finalmente la cláusula⁵⁸

Por tanto, el cliente sólo está obligado a negociar cuando, de acuerdo con las circunstancias, tenga expectativas razonables de que va a poder "evitar la aplicación" de las condiciones generales y a la vez celebrar el contrato, es decir, que la negociación va a conducir, con posibilidades de éxito a la modificación de las condiciones generales. Esta expectativa no existe cuando el consumidor carece de la capacidad técnica o jurídica o del tiempo necesario para analizar detalladamente las cláusulas y examinar posibles alternativas (por ej. porque se le entregan en el momento de la celebración o poco antes), es decir, en todos los casos en los que el cliente acepta las

⁵⁷ ERMAN/HEFERMEHL § 1.19; KOCH/STÜBING § 1.23; ULMER § 1.50-51 quien admite sin embargo supuestos excepcionales en los que exista un interés legítimo en negociar una cláusula concreta en los cuales puede existir una obligación del cliente de entrar en la negociación. Contra dicha obligación la jurisprudencia alemana Vid. BUNTE JurA (1988) pp 311-318.

⁵⁸ KÖTZ MünchKomm § 1.19.

condiciones generales como un mal necesario para obtener el bien o servicio objeto del contrato⁵⁹.

c) Si, a pesar de la inexistencia de una obligación en tal sentido por su parte, el consumidor "entra en negociaciones" sobre una o varias cláusulas concretas, de acuerdo con la disponibilidad mostrada por el predisponente, pueden suceder dos cosas.

a') En primer lugar, que la discusión de la cláusulas conduzca a su modificación, y la cláusula deje de ser una condicion general -ya no está prerredactada-. Aunque en principio es indiferente que la nueva redacción sea más favorable o más perjudicial para el consumidor que la cláusula prerredactada⁶⁰, la modificación en perjuicio del consumidor tiene dos límites: primero, el fraude de ley, en cuanto dichas modificaciones constituyan una actividad planificada y segundo, los arts. 10.2 II y 8 LCU el primero de los

⁵⁹ WOLF NJW 1977 p 1939. Casuísticamente, no hay una posibilidad razonable de evitar la aplicación cuando el cliente acepta la cláusula para ahorrar tiempo o porque el predisponente, a pesar de haberse declarado dispuesto a negociar no le ha hecho proposiciones aceptables (S. OLG Frankfurt 9.5.1985 WM 1986 p 570). Tampoco ha existido una posibilidad razonable de evitar la aplicación porque se le permita elegir entre dos versiones de una cláusula pudiendo tachar lo que menos le guste S BGH 9.4.1987 WM 1987 p 646. Vid más detalladamente, JAEGER NJW 1979 p 1574. Tampoco es suficiente una cláusula que diga "táchese lo que no se quiera" o que el predisponente ofrezca un choice of rates, es decir, mejores condiciones generales a un precio mayor y peores a un precio menor (doctr. may. Vid sin embargo ULMER § 1.54 quien admite la posibilidad de una negociación cuando el choice of rates se refiera a una cláusula concreta.

⁶⁰ Vid. por todos ULMER § 1.47; SCHLOSSER § 1.30; GARRN JZ (1978) p 303.

cuales hace prevalecer en este caso la cláusula prerredactada cuando no hubiera sido eliminada del formulario, y el segundo que hace prevalecer el contenido de la publicidad.

b') En segundo lugar, que las discusiones no conduzcan a la modificación de la cláusula. En este caso ha de partirse de la presunción de que el cliente no ha podido evitar la aplicación de la misma, puesto que como veremos, de acuerdo con las cargas de la prueba, una vez que el cliente ha demostrado que se trata de una cláusula prerredactada, corresponde al predisponente probar que a pesar de ello no se impuso al adherente. El predisponente, por lo tanto habrá de probar que el adherente aceptó sin modificación la cláusula por haberse convencido de la necesidad de la misma⁶¹. Con ello estaríamos ante **condiciones generales negociadas** en el caso concreto que no son condiciones generales en sentido de la ley porque no han sido impuestas.

La exclusión del control del contenido de estas cláusulas se justifica desde el fundamento del control. La cláusula ya no es producto de la voluntad exclusiva del predisponente sino que es atribuible a la voluntad de ambas partes y por tanto puede considerarse que ha existido consentimiento en sentido **negocial**⁶². Se trata por tanto de supuestos en los que el cliente "pudo evitar la aplicación" pero no lo hizo porque se convenció de la necesidad de la cláusula.

Estos supuestos de negociación sin modificación

⁶¹ Así, HEINRICHS NJW 1977 pp 1508-9; M. WOLF NJW (1977) pp 1940-41; contra JAEGER NJW 1979 p 1574 quien pretende tener en cuenta estos casos en el marco del control del contenido y no de la definición de condiciones generales. Según este autor, en el § 1 AGB-G no habría una definición de "aushandeln".

⁶² Vid ULMER § 1.48; WOLF §1.32; HEINRICHS NJW (1977) p 1508; JAEGER NJW 1979 p 1573;

sustancial son absolutamente excepcionales⁶³.

d) La negociación de una o varias cláusulas del contrato no modifica el carácter de condiciones generales de las demás, pero el hecho de que se hayan negociado y modificado muchas puede ser indicio de que todo el contrato ha sido negociado⁶⁴.

e) Obviamente, no dejan de ser condiciones generales las cláusulas de un contrato por el hecho de que el mismo contenga una cláusula en la que el cliente declara que "las condiciones de este contrato han sido negociadas". Dicha cláusula, en la medida que a su vez sea una condición general es ineficaz porque supone una alteración de la carga de la prueba (art. 10.1 c) 8º LCU), ya que como hemos señalado la prueba del carácter negociado de una cláusula prerredactada corresponde al predisponente. La cláusula es válida sin embargo cuando, incluida como acuerdo individual, se limita a confirmar

⁶³ Es más, cabe preguntarse si son siquiera prácticamente posibles dado que la prueba del carácter negociado que corresponde al predisponente es extremadamente difícil, hasta el punto de que la jurisprudencia alemana, que ha admitido teóricamente tal posibilidad (vid. S BGH 30.5.1977 BB 1977 p 715-18) no ha aceptado en la práctica en ninguna ocasión la existencia de una condición negociada en el caso concreto (Vid MORITZ coment. SBGH 9.10.1986 en Entscheidungssammlung zum Wirtschafts-und Bankrecht (WuB IV B 1 AGBG); tb SCHLOSSER JR (1988) p 2).

⁶⁴ Vid. ULMER § 1.55; STEIN 4 1.29 ERMAN/HEFERMEHL § 1.21; KÖTZ MünchKomm § 1.20. Esto puede ocurrir en las relaciones entre empresarios, es difícil suponer que ocurra en relaciones con consumidores finales. Se ha señalado que decidir si todo el contrato ha de considerarse como negociado es una cuestión de interpretación. Exigir que todas y cada una de las cláusulas hayan sido modificadas sería puro formalismo: lo fundamental es que haya existido la posibilidad de configuración del contrato por ambas partes.

la existencia de negociación respecto a una o varias cláusulas concretas⁶⁵.

f) Respecto a las cláusulas que frecuentemente se encuentran en los formularios en las que se deja libre un espacio para ser rellenado en cada caso concreto (con el tipo de interés, el plazo de entrega o de amortización, la cuantía de la indemnización...) la doctrina entiende que sólo dejan de ser condiciones generales si lo que se rellena es el núcleo de la cláusula⁶⁶.

g) Tampoco puede considerarse que las cláusulas han sido negociadas por el hecho de que lo hayan sido entre una asociación de empresarios y una de

⁶⁵ Así ULMER § 1.65.

⁶⁶ Así ULMER § 1.56; contra WOLF § 1.36 según el cual, "el ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido del contrato se extiende también a lo que ha sido rellenado". A nuestro juicio, la postura de Wolf parte de la presunción de que dichos recuadros o punteados suelen rellenarse también de forma general sin atender al contrato concreto. Pero en todo caso, el consumidor tendría que probar tal hecho. El argumento de Wolf según el cual de no aceptarse su opinión habría determinadas prohibiciones de cláusulas que tendrían una eficacia muy reducida (vid por ejemplo los arts 17 AP-garantías excesivas- 21 II -indemnización de daños y perjuicios no razonable-) no es de recibo. Según dicho argumento habría que someter a control los acuerdos individuales que tuvieran tal contenido, lo cual queda fuera del ámbito de aplicación de la ley. Naturalmente, si el adherente prueba que el espacio se rellena igual en todos los contratos, también dicho contenido habría de ser considerado como una condición general. Así en el caso de la S. OLG Frankfurt 12.5.1981 (BUNTE Entscheidungssammlung vol II 1981 § 9.55 p 237). y S BGH 18.5.1983 (NJW 1983 p 1603) donde se trataba de la duración del contrato. El tribunal llegó a la conclusión de que se trataba de condiciones prerredactadas porque el predisponente sólo realizaba contratos de dicha duración.

consumidores⁶⁷.

7. El tercer tipo de supuestos que pueden ser excluidos del ámbito de aplicación del art. 10 LCU por falta del requisito de la imposición viene definido por las cláusulas que regulan los **elementos esenciales** del contrato, es decir, aquellas cláusulas que recojan de forma prerredactada la prestación o el precio. En general, este problema no se plantea porque las prestaciones principales vienen determinadas mediante acuerdos individuales, y, por lo tanto, al no ser condiciones prerredactadas, quedan fuera del ámbito de aplicación del art. 10 LCU, no ya por las razones que veremos a continuación, sino, directamente porque no estamos ante condiciones prerredactadas. Sin embargo, a menudo, se encuentran formularios de contratos en los que también los elementos esenciales se encuentran prerredactados⁶⁸. Pues bien, a nuestro juicio, las cláusulas que regulan los **elementos esenciales** del contrato, aún cuando se trate de cláusulas prerredactadas, no son condiciones generales en sentido legal y, por lo tanto, no deben quedar sometidas al control del contenido. Esta conclusión puede

⁶⁷ Doctrina unánime, por todos ULMER § 1.70: dichos acuerdos son res inter alios acta para el consumidor salvo que dichas asociaciones ostenten la representación legal o voluntaria del mismo. Lo que ocurrirá normalmente es dichas condiciones generales no contendrán cláusulas abusivas.

⁶⁸ Ello ocurre especialmente en los contratos de seguro y en general, en aquellos contratos en los que se ofrece una prestación estandarizada a un precio también estándar.

argumentarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde el fundamento del control de las condiciones generales, y en segundo lugar, desde una interpretación de la LCU conforme con la Constitución.

a) Como señalábamos en el cap. I, la predisposición unilateral no excluye necesariamente la existencia de autodeterminación por parte del adherente, sino que ésta viene provocada por la ausencia de control por parte del mercado de las condiciones generales. Por lo tanto, y aplicando el fundamento del control del contenido de las condiciones generales, que no es otro que la ausencia de autodeterminación en la adhesión, debe entenderse que estamos en presencia de una cláusula negociada siempre que y sólo cuando quepa esperar que el cliente la ha tenido en cuenta a la hora de decidir si contrata o no⁶⁹. A estos efectos, no es únicamente relevante si el cliente efectivamente la tuvo en cuenta

⁶⁹ "Las cláusulas negociadas, son naturalmente, visibles, pero una cláusula no deviene invisible (en nuestra terminología, impuesta) simplemente porque haya sido presentada bajo la forma de "lo toma o lo deja"... también debe incluirse entre el conjunto de cláusulas visibles aquellas respecto de las cuales puede esperarse que una gran proporción de los adherentes (aunque no necesariamente todos) las hayan negociado; no es necesario proteger a los adherentes en la medida en que haya existido selección por parte de éstos respecto a una cláusula particular. En lo que se refiere a qué tipo de cláusulas son normalmente visibles dentro de un contrato de adhesión, éstas son las que vendrían a constituir el contenido explícito de un contrato sencillo y ordinario con la cláusulas relativa al precio (negociado o no) como ejemplo paradigmático. Las invisibles son, simplemente, las restantes". T. RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) p 1251. Vid en sentido parecido WOLF Entscheidungsfreiheit p 49 cuando afirma que la existencia de competencia abre la posibilidad de una selbstbestimmte Entscheidung y supra Cap 1. Para una aplicación de estas ideas al § 8 AGBG vid BASEDOW Contratti e impresa 2 (1985) pp 450-451.

o no, sino que ha de acudirse a la actuación de los clientes como grupo, porque como han demostrado los estudios económicos al respecto, no es necesario que todos los consumidores "seleccionen" para que todos se beneficien de dicha actividad en forma de "condiciones generales de calidad"⁷⁰, sino que basta con que la selección sea una actividad extendida. Determinar cuándo estamos ante una cláusula cuyo contenido es parte de los elementos esenciales del contrato puede provocar muchas dificultades⁷¹ pero éstas no son insuperables. En todo caso, nuestro ordenamiento exige la existencia de un acuerdo en sentido negocial estricto (esto es, de un acto de autonomía bilateral) sobre el objeto y la causa del contrato como requisitos mínimos para que el ordenamiento considere existente el contrato (arts. 1261 y 1262 CC). Al respecto no basta la "adhesión". Por lo tanto, si los elementos esenciales del contrato se encuentran en cláusulas predispuestas, y no puede

⁷⁰ Vid. A.SCHWARTZ-L. WILDE "Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis" Univ. of Pennsylvania Law Review (1979) p 630ss p 661; M. CAVE JCP 8 (1985) p335 ss, p 337.

⁷¹ Como lo demuestra la discusión en la doctrina alemana sobre el § 8 AGB-G que excluye del control del contenido los elementos esenciales (Vid., por todos, P. SCHLOSSER JR (1988) p 2 quien señala que han surgido numerosos conceptos para tratar de delimitar el ámbito de aplicación del control del contenido, tales como objeto directo de la prestación (no susceptible de control) por oposición a modificador, o configurador o limitador de la prestación (si susceptibles de control) y acuerdos principales sobre el precio por oposición a acuerdos "accesorios" sobre el precio. Como este autor concluye, la jurisprudencia realiza el control del contenido cuando se trata de supuestos donde el mercado no ha funcionado).

afirmarse que los mismos hayan sido relevantes para el adherente a la hora de contratar y, por último, tampoco puede determinarse cuáles fueron los acuerdos sobre los elementos esenciales a las que las partes llegaron porque no hay más indicios de éstos que las condiciones generales, tendríamos que declarar nulas, no las condiciones generales, sino el contrato en su totalidad, pero no por el juego del Derecho de las condiciones generales, sino por la aplicación pura y simple del art. 1261 CC.

b) Esta solución puede argumentarse además desde una interpretación de la LCU conforme con la Constitución. En efecto, hay que tener en cuenta que en los países de economía (social) de mercado, la fijación de los precios y de las ofertas de bienes y servicios viene encomendada al mecanismo del mercado por medio de la competencia, y sólo excepcionalmente (bienes en régimen de monopolio o en general intervenciones del Estado eliminadoras del mercado⁷²), los determina imperativamente el Estado. El Derecho de las condiciones generales se enmarca entre las disposiciones interventoras conformes con el mercado, y consiguientemente sus disposiciones han de interpretarse en este sentido. Por lo tanto, el Derecho de las condiciones generales no puede utilizarse para

⁷² En estos supuestos las disposiciones legales tienen carácter imperativo-sustitutivo, de manera que la nulidad del elemento esencial que porvotan no conduce a la nulidad total del contrato sino a la sustitución del elemento pactado por el legal. Estamos ante un supuesto de nulidad parcial por aplicación del art. 6.3 in fine CC. Vid infra § 18 VII y GORDILLO ADC (1975) pp 101 s.

convertir a los jueces en una administración controladora de los precios, legitimándolos para controlar -por medios jurídicos no específicamente previstos para tal fin- los precios y las prestaciones que se ofrecen en el mercado⁷³. Permitirlo supondría tachar de inconstitucionalidad la legislación de

⁷³ Esta fue la razón por la que se introdujo en la AGBG alemana el § 8 que excluye del control las condiciones generales que no modifiquen o completen disposiciones legales. Vid exp. de mot. AGBG § 6 en DIETLEIN/REBMANN AGB-Aktuell "Porque no debe posibilitarse un control de los precios o de las ofertas de bienes y servicios por medio del control del contenido..." Vid. por toda la doctrina alemana J. BASEDOW Contratti e impresa 2(1985) p 450: "El juez no está llamado a determinar los precios y las calidades de las prestaciones en interés del público; esto es tarea de la competencia, de la libertad contractual que en ella se basa y por otro lado, de las normas de Derecho de la economía que tutelan la competencia". Así sin embargo, un sector importante de nuestra doctrina en relación con el art. 10.1 c) LCU R. BERCOVITZ Estudios p 200: "Un principio importante en toda economía de mercado es el de libre fijación de precios. Se trata de un principio que ciertamente sufre todo tipo de restricciones en un estado social de Derecho de las características del nuestro. Pues bien, a esas restricciones se viene a sumar, como una más, y no ciertamente de las menores, la exigencia de que los contratos (entre) empresarios y consumidores con condiciones generales respeten un 'justo equilibrio de las contraprestaciones'. Ello sugiere introducir en tales contratos un control de precios que supera ampliamente la protección que procede de la lesión ultra dimidium en aquellos ordenamientos españoles que la aceptan con carácter general...en principio un justo equilibrio admite un margen escaso de fluctuación. Será contrario al mismo todo precio que exceda al habitual dentro del mercado". Como hemos señalado en el texto, si la interpretación de la norma que hace Bercovitz fuera correcta, habría que considerar inconstitucional la ley de consumidores en su art. 10.1 c), por atentar contra el art. 38 de la Constitución que consagra el sistema de mercado, antes de lo cual, parece razonable ensayar una interpretación diferente del precepto. En el mismo sentido que Bercovitz, también CABANILLAS SANCHEZ Las cargas p. 342 nota 832 aparentemente y LACRUZ Elementos p 37.

condiciones generales⁷⁴ por atentar contra el modelo económico constitucional consagrado en los arts 33, 38 etc de la Constitución⁷⁵.

En contra se han alegado dos argumentos. En primer lugar, la referencia del art. 10.1 c) al "justo equilibrio de las prestaciones" que ha sido interpretado en el sentido de que también pueden declararse nulas las cláusulas predispuestas que establezcan el precio y el objeto de la prestación, cuando la relación entre ambas no responda a dicho "justo equilibrio". En segundo lugar que la ley de consumidores no excluye expresamente a tales elementos esenciales del control del contenido como si hace la ley alemana (§ 8).

En cuanto al primer argumento, la contestación es relativamente sencilla. Dado que como se ha señalado, el control judicial de precios y calidades sería inconstitucional, debe intentarse una interpretación de dicho precepto "conforme con la Constitución", interpretación no sólo perfectamente posible sino, incluso, más respetuosa con el tenor literal. En nuestra opinión, y como expondremos más adelante, el art. 10.1 c) LCU en su referencia al "justo equilibrio de las prestaciones" ha recogido la regla de las cláusulas sorprendentes, en cuanto prohíbe que las condiciones generales alteren dicho equilibrio. Equilibrio que no es otro que el que las partes han considerado "justo", esto es, el recogido en los acuerdos individuales⁷⁶.

⁷⁴ Sobre la interpretación correcta de la referencia del art. 10.1 c) LCU al "justo equilibrio de las prestaciones" vid infra § 15 II. Como afirma SCHLOSSER (§ 8.1), someter a control del contenido las prestaciones y los precios no puede ser tarea de un Estado liberal.

⁷⁵ En este sentido, vid, por todos, PALANDT/HEINRICHS § 8.1; LÖWE § 8.2.

⁷⁶ Por tanto, la interpretación criticada en el texto (Vid. BERCOVITZ Estudios p 200) ni siquiera es respetuosa con el tenor literal del art. 10.1 c) LCU, porque el mismo no exige que "los contratos con condiciones generales respeten un 'justo equilibrio de las prestaciones'" sino únicamente que las condiciones generales respeten dicho equilibrio, lo que evidentemente es muy distinto, puesto que normalmente, el acuerdo sobre el precio será un acuerdo individual, (y en todo caso, en nuestra opinión, aunque sea "impreso" e idéntico para todos los clientes, no puede considerarse una condición general sino un acuerdo individual). Mucho más matizadamente, pero en el mismo sentido, LACRUZ Elementos p 37, al interpretar la referencia al "justo equilibrio de las prestaciones" en el sentido de que las condiciones generales no pueden

En cuanto al segundo argumento, la réplica deriva de la innecesariedad de que tal limitación al control se recoja expresamente en la ley, dado que la ilegitimidad del control judicial de los precios y las prestaciones deriva de la propia Constitución⁷⁷.

Por último, existen argumentos en contra de estas posiciones derivados de las consecuencias a las que conduce en relación con el régimen jurídico previsto por la ley. Así, en primer lugar, el juez carece de criterios para declarar la ineficacia de estas "condiciones generales", dado que no puede recurrir al Derecho dispositivo para efectuar la comparación puesto que, como es lógico, el Derecho dispositivo, no regula ni los precios ni las prestaciones. El recurso a los "precios de mercado" sólo ofrece una ayuda muy limitada por sus variaciones y por ello precisamente es posible utilizarlo sólo en los supuestos de contratos usurarios, único límite general a la autonomía privada en este ámbito. Consecuentemente, tampoco habría posibilidad de integrar los elementos esenciales del contrato, una vez declarados nulos los establecidos por las partes, por lo que si el control de la inclusión o del contenido afectase a éstos, no podríamos aplicar la consecuencia de la nulidad parcial prevista por el art. 10.4 LCU, como regla general para el caso de condiciones generales ineficaces y tendríamos que declarar nulo todo el contrato⁷⁸.

"alterar" dicho equilibrio (p 40).

⁷⁷ La doctrina alemana, en efecto, ha señalado que el § 8 de la AGB-G podría haberse omitido sin problemas (KOCH/STUBING § 8.4).

⁷⁸ Contra CLAVERIA Academia Sevillana del Notariado (1988) p 159 que pretende que el contrato ha de ser reconstruido también cuando sean nulos elementos esenciales y no sea posible la integración: la reconstrucción en estos casos "presenta menos dificultades... pues el problema constituiría por ej. en reducir cuantitativamente el precio o en aumentar la calidad". En sentido parecido afirma BERCOVITZ (Estudios p 205: "en estos casos -compraventa a plazos- esa nulidad afectará normalmente a las condiciones generales en las que se establezca el precio. Carente de precio, el contrato no será equitativo para el empresario y... podrá acudir a la nulidad total de aquél". . . A nuestro juicio, tales opiniones carecen de cualquier apoyo normativo en nuestro ordenamiento. En el caso de que se declarara la nulidad de algún elemento esencial del contrato, lo que según se señala en el texto no puede ser consecuencias del control de contenido, la nulidad no viene dada, como pretende sorprendentemente Bercovitz, porque un contrato sin precio sea inequitativo, sino porque no hay un contrato válido de acuerdo con el art. 1261 CC. En cuanto a la posibilidad que Clavería parece otorgar a los jueces de

Con ello, queda a nuestro juicio suficientemente demostrada la imposibilidad de que el control del contenido afecte a los elementos esenciales⁷⁹.

En definitiva, aquí se mantiene que sobre los elementos esenciales del contrato debe existir siempre un acuerdo individual⁸⁰, y por lo tanto, que las

modificar el precio o las prestaciones pactadas, ello no puede ser más contrario a nuestro sistema de Derecho privado, donde los elementos esenciales han de ser aportados por las partes y donde se impide en general al juez modificar los pactos realizados por los particulares, lo que, según hemos visto viene impuesto por exigencias constitucionales.

⁷⁹ En el mismo sentido H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 56-57. Vid también DUQUE EC 3(1984) p 69.

⁸⁰ Un ejemplo puede suministrarlo la SBGH 28.5.1984 donde el Tribunal Supremo alemán declaró la nulidad sólo del carácter irrevocable de un mandato otorgado a favor de un banco para realizar transferencias. Supongamos que tal fuese exclusivamente el contenido del contrato. La cláusula sería nula por el carácter irrevocable del mandato ¿será nulo el mandato? A nuestro juicio, el cliente "quería" otorgar el mandato. En este punto hay autodeterminación. Por tanto la conclusión aún cuando declarásemos nula toda la cláusula y no sólo, como hizo el BGH, el término "irrevocable", sería la de afirmar que el objeto del contrato era un mandato revocable. El carácter revocable vendría deducido por el juez en aplicación de la configuración legal (dispositiva) del mandato.

Por último, existe un precepto en la LCU que responde también a la idea de que respecto a los elementos esenciales del contrato debe existir un acuerdo autónomo privado, y es el art. 10.1 c) nº 12 que declara prohibidas las cláusulas por las que se obligue al consumidor a adquirir bienes o mercancías accesorias no solicitadas. El principio que late en esta prohibición es que el cliente no puede quedar obligado si no ha consentido y la suscripción de un formulario no es suficiente para ello: si el predisponente quiere venderle los accesorios, ha de llegar a un acuerdo con el adherente y no "colárselo de rondón" en condiciones generales. Es decir, la ley exige que al respecto exista un acuerdo individual.

cláusulas prerredactadas que los contienen no son condiciones generales en sentido legal.

Esta interpretación no es absolutamente extraña al Derecho de las condiciones generales. Un supuesto paralelo se produce en el caso de las condiciones generales que se limitan a reproducir preceptos legales aplicables en todo caso al contrato⁸¹ sobre los que se afirma que la "validez" del contenido de estas cláusulas no encuentra su fundamento en la voluntad del predisponente, sino en la ley⁸²; que no tienen otra finalidad que la de informar al cliente⁸³; que no despliegan una eficacia constitutiva⁸⁴... Ahora bien, en la medida en que el predisponente se aparte del tenor literal de la norma, asume la responsabilidad de la formulación⁸⁵.

La especialidad que supone el que dicho acuerdo esté prerredactado radica en que la responsabilidad por la formulación corresponde al predisponente. Ahora bien, ni siquiera para efectuar el control de dicha formulación, es necesario calificar dichas cláusulas como condiciones generales.

En el Derecho alemán, tal como se deduce de los trabajos legislativos, había una voluntad clara del legislador de someter a las normas de control de la inclusión las cláusulas reguladoras de los elementos esenciales que estuvieran prerredactadas. Así, en los

⁸¹ A veces es la propia ley la que ordena -dentro de la imposición de deberes de información- que se reproduzcan preceptos legales, como ocurre en la Directiva sobre negocios celebrados fuera del establecimiento del vendedor respecto al derecho del cliente a revocar su consentimiento.

⁸² Vid. sólo J. NIEBLING "Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG" BB (1984) p 1713 quien señala que en estos casos el predisponente no "impone" (stellt) la cláusula, y que por tanto no son condiciones generales.

⁸³ SCHLOSSER § 8.7. Un ejemplo: en un contrato entre editor y autor se establece: "Este contrato se regirá, en todo lo no expresamente dispuesto, por la ley de propiedad intelectual".

⁸⁴ BRANDNER § 8.21.

⁸⁵ Vid SCHLOSSER § 5.4.

primeros proyectos de la AGBG no se incluía el actual § 8 -que excluye del control los elementos esenciales- sino que su contenido formaba parte de la propia definición de condiciones generales⁸⁶, de forma que no podían considerarse a dichas cláusulas como condiciones generales a efectos legales, con lo que, lógicamente, quedaban al margen tanto del control del contenido como del de inclusión. La jurisprudencia anterior a la ley había dejado también fuera de control los elementos esenciales⁸⁷. La modificación se produjo a lo largo del proceso legislativo y se debió, según hemos dicho, a que, si bien el legislador no quería someter este tipo de cláusulas al control del contenido, si deseaba aplicarles las reglas sobre inclusión, cláusulas sorprendentes, y prevalencia de los acuerdos individuales (§§ 2-4 AGBG). "Hubiera sido un error- afirma la doctrina- no extender las soluciones previstas en la ley para estas cuestiones a las descripciones de la prestación preformuladas, lo que se produciría utilizando la vía de limitar la definición de condiciones generales"⁸⁸. Pues bien, entre nosotros, y para garantizar la transparencia de las descripciones de la prestación y del precio, no hace falta recurrir al Derecho de las condiciones generales específicamente, sino que basta con las reglas generales. Lo cual es, por otro lado, lógico dado que tratándose de acuerdos sobre los que existe consentimiento en sentido estricto las normas generales de protección deben bastar.

8. En efecto, repasando las reglas de inclusión propias de las condiciones generales, observaremos lo innecesario de aplicarlas a las condiciones generales reguladoras de los elementos esenciales.

a) En lo que hace a la aplicación de la regla de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales (art. 10.2 II LCU), si las condiciones generales que recogen la regulación de los elementos esenciales del contrato modifican el acuerdo

⁸⁶ Vid. por todos LÖWE § 8.3.

⁸⁷ LÖWE § 8.5.

⁸⁸ H. E. BRANDNER "Schranken der Inhaltskontrolle" en Festschrift Hauss Karlsruhe 1978 p 3. Contra STEIN § 1 num marg. 7: "Das ist jedoch durch eine begrenzende Auslegung des § 1 auszuschliessen".

individual, serán ineficaces por modificarlo, si se limitan a reproducirlo, no son condiciones generales en sentido legal, y si lo completan, habrán de considerarse condiciones generales en la medida en que lo hagan. Son, entonces, lo que se conocen como cláusulas secundarias de determinación de la prestación que sí quedan sometidas al control, tanto de la inclusión como del contenido.

b) En lo que hace a la aplicación de los requisitos de claridad, comprensibilidad etc, basta la aplicación del art 1288 CC que, como es sabido no se aplica sólo a las condiciones generales sino a todas aquellas declaraciones contractuales imputables a una de las partes.

c) En lo que se refiere a la "posibilidad razonable de conocer" el contenido, que pretende garantizar el art. 10.1 a) LCU, no es imaginable que alguien celebre un contrato sin saber qué es lo que está haciendo, es decir, sin conocer mínimamente el objeto y la causa del contrato, por lo que tal protección resulta innecesaria, más allá de las reglas sobre vicios del consentimiento.

d) Por último, en lo que hace a la regla de las cláusulas sorprendentes, tampoco plantea problema alguno, dado que, como veremos, la misma responde perfectamente a un principio de carácter general, por lo que no es necesario el recurso a una norma específica para poder declarar ineficaces las cláusulas de este tipo (vid. infra § 15 II).

Por lo demás, para llegar a conocer cuál fue el

acuerdo sobre el que existió consentimiento en sentido estricto, bastan las reglas generales de interpretación, y en último extremo -tal como prevé su supuesto de hecho- no habrá más remedio que acudir al 1289 CC y declarar la nulidad total del contrato, pero tal consecuencia ya no tiene nada que ver con el Derecho de las condiciones generales, sino con los arts. 1261 y 1262 CC que exigen un **acuerdo autodeterminado** sobre el objeto y la causa del contrato⁸⁹.

En todo caso, ha de tenerse muy presente, que no cualquier cláusula que se refiera o afecte a los elementos esenciales deja de ser, por ello una condición general. Sólo dejan de ser condiciones generales las cláusulas que regulen los **elementos esenciales** (vgr. precio y prestación característica). Los criterios desarrollados por la doctrina alemana distinguiendo entre "descripciones primarias" y "secundarias" de la prestación (que sí quedarían sometidas al control del contenido) pueden ser útiles en este sentido.

La doctrina contractualista no puede resolver de este modo la cuestión, porque al entender que la cláusula prerredactada es el elemento esencial, ha de admitir la posibilidad de nulidad total del contrato en caso de que todas las condiciones generales se consideren no incluidas⁹⁰. Consecuencia claramente contradictoria con la finalidad protectora de los requisitos de inclusión e injusta en cuanto el adherente

⁸⁹ Es decir, lo que ROPPO (Il contratto Bologna 1977 p 132) ha resumido muy expresivamente afirmando que "para que el contrato sea válido y eficaz, las partes **deben proveer** a esta determinación voluntaria, esto vale para lo que se llaman los elementos esenciales del contrato y que corresponden a los **términos-base** de la operación económica **perseguida**".

⁹⁰ Vid, por todos, H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 57-59.

nada ha tenido que ver en la formulación de la cláusula.

V. Irrelevancia de la forma

Ni el art. 10.2 I ni el 10.1 a) LCU se apoyan en elementos formales para determinar el concepto de condiciones generales. Los mismos son por tanto, irrelevantes⁹¹. Consecuentemente, caen bajo la definición no sólo las condiciones generales de un formulario contractual, sino también las expuestas en un aviso al público o las insertas en facturas, catálogos, recibos, tickets, entradas, billetes etc⁹².

También es irrelevante la forma del contrato: también pueden ser condiciones generales las cláusulas incluidas en una escritura pública y los simples acuerdos orales.

El tipo de escritura utilizado es también irrelevante⁹³, por lo tanto, es igual que estén

⁹¹ Expresamente el art. 1 AP ("ya estén recogidas en el mismo texto del contrato, en una comunicación o aviso expuesto al público o en cualquier otra forma". En su versión de 1984, el AP añadía "Esta ley es aplicable cualquiera que sea la extensión de las condiciones generales, el tipo de escritura utilizada, la forma del contrato u otra circunstancia análoga a las mencionadas". la razón de la supresión no queda explicada, puesto que en la Exp. de Mot. de 1988 se sigue afirmando que con la definición "se ha intentado abarcar la pluralidad de formas en que pueden aparecer las condiciones generales... desde las formas más sofisticadas, como puede ser el formulario minucioso y técnicamente complicado... hasta las formas más simples", por lo que parece que puede concluirse que con el cambio de redacción no se ha pretendido modificación sustancial alguna) y § 1 AGB-G.

⁹² Vid una "fenomenología" de las condiciones generales infra § 14.III.

⁹³ Contra SCHMIDT-SALZER AGB 1977 p B 25ss.

impresas o que hayan sido escritas a mano o a máquina. Dichas circunstancias podrán -únicamente- dificultar la prueba de que se trata de condiciones generales. Tampoco es decisivo a los efectos de determinar si se trata o no de condiciones generales el hecho de que sean condiciones añadidas a mano o a máquina a un formulario. Si lo son o no dependerá de los criterios expuestos, no de la escritura utilizada. La designación que les dé el predisponente es, naturalmente, irrelevante⁹⁴.

También es irrelevante la **extensión** de las mismas. El objeto de control no es el clausulado en su conjunto (salvo a efectos de la regla de la comprensibilidad en la incorporación) sino cada una de las cláusulas, por lo que también son condiciones generales las cláusulas sueltas incorporadas en facturas etc.

VI El momento relevante

1. Según el art. 10.2 I, para que estemos ante condiciones generales ha de tratarse de cláusulas "cuya aplicación no puede evitar el consumidor siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate". De dicho requisito puede deducirse que las condiciones generales han de ser presentadas por el predisponente con anterioridad o simultáneamente a la celebración del contrato, es decir, en la oferta contractual, en una

⁹⁴ Las llamadas "condiciones particulares" serán o no condiciones generales según se hayan predispuesto para la generalidad de los contratos o no. Vid. STS 19.11.1965 en ALFARO RDM 1987 p 46.

contraoferta, en una invitación a ofrecer etc. Y ello porque la pretensión posterior del predisponente de incorporar condiciones generales al contrato puede evitarla el consumidor sin renunciar a contratar. Esta conclusión es además concorde con el art. 10.1 a) LCU que exige para que las condiciones generales queden válidamente incorporadas al contrato se faciliten previa o simultáneamente a la celebración del mismo los documentos que las contienen.

La doctrina alemana, sin embargo, y a pesar de que el § 1 AGBG considera condiciones generales las cláusulas predispuestas para una pluralidad de contratos que una de las partes impone a la otra "en la celebración de un contrato", admite la posibilidad de que las condiciones generales se incluyan mediante un acuerdo ad hoc con posterioridad a la celebración⁹⁵, en cuyo caso haría falta una aceptación expresa del cliente.

2. En esta situación, caben tres soluciones:

a) considerar que dado el tenor literal del 10.2 I LCU las condiciones generales incluidas tras la celebración del contrato en la medida que su aplicación la podía haber evitado el consumidor sin perder por ello el derecho a obtener el bien o servicio de que se trate, no son condiciones generales y no quedan, por tanto sometidas a control.

b) Considerar que interpretando el art. 10.2 I en

⁹⁵ Por todos ULMER 4 1.28 con más indicaciones; KÖTZ MünchKomm § 1.4.

combinación con el art. 10. 1 a LCU, el predisponente no puede incluir condiciones generales con posterioridad a la celebración del contrato.

c) Considerar que siempre que en el acuerdo posterior se cumplan los requisitos de inclusión del art. 10.1 a) no hay inconveniente en considerar incluidas dichas cláusulas como condiciones generales.

La primera opción vaciaría de contenido la legislación de protección, en cuanto que al predisponente le bastaría con esperar a que el cliente hubiera dado su consentimiento respecto a los elementos esenciales del contrato para presentarle condiciones generales que en la mayor parte de los casos serían firmadas sin más, para lograr excluir del control sus condiciones. La segunda tiene el inconveniente de que supone prohibir la posibilidad de novación modificativa del contrato y es poco respetuosa con la libertad contractual y la tercera parece poco compatible con el tenor literal del art. 10.2 I, y el 10.1 a). Con muchas dudas, a nuestro juicio debe considerarse que dichas cláusulas son oponibles al adherente en la misma medida que otras condiciones generales, en cuanto se hayan cumplido respecto de las mismas los requisitos de inclusión, entendiendo que se entregan simultáneamente a la celebración del contrato que modifica el contrato inicial, aun cuando con posterioridad al contrato inicialmente celebrado.

En la práctica, sin embargo, el problema más frecuente en este punto viene provocado por las

cláusulas que permiten al predisponente modificar las condiciones generales a su voluntad. Dichas condiciones generales son, por un lado, insuficientes para provocar la incorporación de las nuevas condiciones al contrato, ya que respecto de las mismas no se cumplen los requisitos del art. 10.1 a) LCU; y por otro, y salvo que -como afirma el art. 10 AP-tengan una "razón objetivamente justificada" y modifiquen el contrato "de una manera adecuada a las nuevas circunstancias", son nulas por contrariedad con la buena fe.

VII. Observaciones terminológicas.

Una vez establecido el concepto de condiciones generales, resulta oportuno examinar brevemente la prolija terminología que suele emplearse para designar el fenómeno para tratar de determinar si existen o no diferencias sustanciales⁹⁶.

1. La primera distinción a la que vamos a hacer referencia es la que utilizó Garrigues entre condiciones generales de los contratos y condiciones generales de la

⁹⁶ La lista de denominaciones es amplia. Los términos más usuales para referirse a las condiciones generales son: contratos tipo, contratos de adhesión, contratos formularios, condiciones generales de la contratación, contratos de masa, contratos estándar... Un análisis más det. en GARCIA AMIGO Condiciones pp 135-141. Los nombres responden también a tradiciones de cada país. Así, condiciones generales de los contratos suele utilizarse en Alemania, Italia, Portugal y España. Contrato de adhesión en Francia, USA y España; contratos y cláusulas estándar en países anglosajones e Italia...

contratación⁹⁷. La diferencia entre ambas estriba en que las primeras se someten a la firma del cliente en el momento de la celebración del contrato y las segundas no. Es decir, las primeras se incorporan expresamente al documento contractual (constituyen la "letra pequeña") y las segundas se incorporan por referencia o simplemente permanecerían fuera del acuerdo contractual. De Castro y otros autores aceptaron la distinción⁹⁸.

La distinción no parece correcta y, en cualquier caso, hoy se revela irrelevante. En efecto, no se puede hacer depender la naturaleza jurídica de las condiciones generales del hecho -aleatorio- de que se sometan o no a la firma del cliente. Si tienen o no el carácter de usos dependerá de su contenido, esto es, de que la regla que incorporan esté extendida y de la presencia de la opinio iuris, pero será irrelevante que se haga simplemente una referencia a ellas en el contrato o que se acompañen al mismo y se sometan a la

⁹⁷ Vid. por ej. J. GARRIGUES Contratos bancarios pp 21-26.

⁹⁸ DE CASTRO ADC 1961 p 298. DIEZ-PICAZO Fundamentos I pp 248-49 quien basa la distinción no sólo en el hecho de que se incluyan en el documento contractual sino también en el contenido de las mismas: "no son cláusulas de contratos concretos, sino normas de organización de todos los contratos de la empresa". Ello resulta un tanto confuso, pero parece que Díez-Picazo al hablar de "contrato concreto" se refiere a un tipo contractual (p. ej. cuenta corriente) y no a un contrato individual. También más recientemente, J.M. PRADA GONZALEZ "Algunos aspectos de los préstamos bancarios". RDBB 1984 nº 14 pp 309-344. Contra la distinción CLAVERIA GOSALVEZ RDP 1979 p 670.

firma del cliente⁹⁹.

Dicha distinción la empleó la jurisprudencia alemana más antigua y tenía relevancia no sólo respecto a la naturaleza jurídica¹⁰⁰, sino también a efectos del control del contenido ya que los formularios de contratos sólo eran sometidos a control en la medida en que fueran muy largos o de difícil comprensión, mientras que si eran breves y comprensibles no¹⁰¹.

Esta distinción puede considerarse hoy superada por la noción legal contenida en la AGB-G y en la LCU que no hacen referencia a su inserción en el documento contractual. Pero sobre todo, su superación queda de manifiesto en los requisitos de inclusión (art. 10.1 a)), que exigen que las condiciones generales figuren insertas en el documento contractual o bien que se faciliten al consumidor y que, en todo caso, se haga una

⁹⁹ Correctamente en este punto, pero erróneo en la conclusión porque parte de la distinción de Garrigues, PRADA RDBB nº 14 (1984) p 331, donde puede leerse respecto a las condiciones generales de los préstamos bancarios: "Señalaré en principio que tengo mis dudas de que las cláusulas de los préstamos bancarios puedan incluirse en la categoría de las condiciones generales de los contratos... pese a ciertas afirmaciones de algunos mercantilistas (no) existen usos mercantiles definidos sobre esta materia. Es más estas cláusulas varían notablemente de unos bancos a otros e incluso dentro de un mismo banco, de un tipo a otro de contratos.

¹⁰⁰ Vid. una referencia a la misma en F. DE CASTRO Derecho Civil p 335. La distinción la "importó" Garrigues de la doctrina y práctica alemanas donde ya, desde el siglo pasado, sectores enteros del tráfico utilizan condiciones generales uniformes, diferenciándose éstas (allgemeine Geschäftsbedingungen) de las que aparecían impresas en los contratos (Formularverträge)

¹⁰¹ F. NICKLISCH BB 1974 p 941 nota 7 y p 947; Vid. también referencias a esta distinción en HEINRICHS NJW 1977 p 1506 y STEIN § 1.1.

referencia expresa a las cláusulas en el texto del contrato. Es decir, la relevancia de la diferencia se traslada de la noción legal a los requisitos de inclusión¹⁰².

2. Respecto a la distinción entre contratos-formulario (o formularios de contratos) y condiciones generales, la misma -y al igual que ocurre con los "rasgos sociológicos"- puede tener relevancia en la medida en que con ellos suelen considerarse cumplidos los requisitos de inclusión¹⁰³. Una diferencia trascendental a los efectos de su consideración como condiciones generales en sentido legal entre éstas y los formularios, estaría en que éstos se ofrecen únicamente como guía o modelo y dejan abierta la posibilidad de modificación a propuesta de cualquiera de

¹⁰² Por otro lado, la distinción de De Castro parece excesivamente formal. Se basa en la regla "signing is binding" y en su contraria, lo que no se firma no vincula (sobre esta regla vid. infra § 13 II). Hoy el problema de por qué las condiciones generales vinculan no se plantean en estos términos, en cuanto que el hecho de que aparezcan firmadas por el cliente no supone que éste realice un acto de autonomía privada, de autodeterminación que legitime la validez o vinculatoriedad de las condiciones generales. El AP es en este sentido muy expresivo cuando afirma que "la aceptación de las condiciones generales no prejuzgará su validez" (art. 4 in fine) o cuando niega toda relevancia a la distinción en la propia definición de condiciones generales al afirmar "ya estén recogidas en el mismo texto del contrato, en una comunicación o en un aviso expuesto al público o en cualquier otra forma" (art. 1).

¹⁰³ RAISER Recht der AGB p 24; DE CASTRO ADC 1961 p 297 nota a). Respecto a la distinción entre condiciones generales y los formularios notariales que venían utilizándose ya desde la Edad Media, puede verse las breves pero excelentes líneas de URIA (RDM 1956 p 224).

las partes¹⁰⁴, con lo cual no serían condiciones impuestas y por tanto tampoco condiciones generales en sentido legal. Sin embargo, y como veremos, el requisito de la "imposición" no exige una especial presión de un contratante sobre otro, por lo que la diferencia es también en este punto irrelevante en la medida en que el formulario no haya sido objeto de negociación. Por otro lado, y sobre todo, a priori no puede decidirse si el formulario se ha sometido a negociación o no y es claro que estamos ante cláusulas prerredactadas para ser incluidas en una pluralidad de contratos. A efectos de la aplicación de la LCU puede ser relevante la diferencia por el hecho de que los formularios se utilicen en relaciones entre particulares¹⁰⁵. En definitiva, un formulario de contrato no es más que un documento que contiene condiciones generales en sentido legal.

3. Al formulario de contrato se hace referencia también con la expresión **contrato-tipo**. Por tal se entiende, en efecto, un modelo de contrato destinado a servir de contenido a futuros contratos que sujetos

¹⁰⁴ DE CASTRO ADC 1961 p 297 nota a). LOCHER Das Recht p 1.

¹⁰⁵ KOCH/STÜBING (§ 1.7) señalan precisamente que la diferencia entre condiciones generales y formularios de contratos podría establecerse en que los formularios los utilizan las partes una sola vez. En las relaciones entre empresarios y consumidores, los formularios se utilizan obviamente de manera repetida. En todo caso, esta diferencia es irrelevante como veremos más adelante.

jurídicos concluirán eventualmente más tarde¹⁰⁶. Nuevamente se alude como criterio distintivo la posibilidad de modificación por las partes¹⁰⁷ lo que permite concluir que con dicha expresión se hace referencia a la misma realidad que con el término formulario de contrato: no es mas que un texto donde se incluyen condiciones generales¹⁰⁸.

4. La distinción que entre nosotros tiene más solera es la que se realiza entre contrato de adhesión y condiciones generales.

El término contrato de adhesión, como es sabido, procede de Saleilles¹⁰⁹ y ha tenido bastante éxito hasta el punto de que hoy es utilizado también por la doctrina anglosajona¹¹⁰ y entre nosotros lo emplea frecuentemente la jurisprudencia¹¹¹ y la doctrina civilista

¹⁰⁶ J. LEAUTE Rev. Tr. Dr. Civ. 1953 p 429 apud RIEG "Contrat type et contrat d'adhesion" p 109; Vid, entre nosotros, GARCIA AMIGO Condiciones pp 138-140, quien considera el contrato tipo como "forma de aparecer redactadas las estipulaciones contractuales formuladas en un contrato normativo" (p 140).

¹⁰⁷ Así CLAVERIA RDP 1979 p 670.

¹⁰⁸ Una concepción diferente puede verse en Messineo (Il contratto in genere p 679 apud CLAVERIA RDP 1979 p 670) y en Rieg respecto a aquellos que tienen valor normativo y que se imponen a las partes ("Contrat type et contrat d'adhesion" p 109). Una concepción diferente también en GARCIA AMIGO Condiciones p 139). Un ejemplo sería el de los formularios de la DGRN para los contratos de compraventas a plazos.

¹⁰⁹ R. SALEILLES De la déclaration de volonté p 229 art 89.

¹¹⁰ vid RAKOFF "Contract of adhesion. An Essay in reconstruction" 96 Harvard L. Rew (1983) pp 1174-1284.

¹¹¹ Vid las referencias jurisprudenciales en J. ALFARO "La interpretación de las condiciones generales de los contratos" RDM 1987 pp 7-61.

especialmente¹¹².

La distinción se basa en el elemento de la definición que aquí hemos aceptado al que se otorga mayor relevancia. Así, mientras que se reserva el término condiciones generales para hacer referencia a la predisposición o preformulación del contenido contractual, se define el contrato de adhesión por la nota de imposición del contenido del contrato por una de las partes a la otra¹¹³. Por lo tanto, tampoco estamos en este caso ante dos realidades distintas. La diferente nomenclatura tendría sentido si pudiera hablarse de "contratos individuales de adhesión", esto es, si con el término contrato de adhesión se hiciera también referencia a aquellos contratos cuyo contenido ha sido impuesto por una de las partes pero sin que dicho contenido haya sido predispuesto para una pluralidad de contratos, es decir, si bastara con la nota de la

¹¹² Así, OSSORIO ADC 1952 pp 1175-1186; ROYO ADC 1949 p 54; DIEZ-PICAZO Fundamentos I p 233; LACRUZ Elementos II t.2º pp 32-36; DE CASTRO ADC 1961 p 295 y ADC 1982 p 1055; La doctrina mercantilista y la más moderna en general suele utilizar la expresión condiciones generales. Así M. GARCIA AMIGO Condiciones generales de los contratos Madrid 1969; A. CABANILLAS SANCHEZ ADC 1982 pp 41-120; ADC 1983 pp 1192 ss; J.M. OTERO LASTRES R.J.Cat. 1977 pp 759-776.

¹¹³ Vid p. ej. GARCIA AMIGO Condiciones pp 136-137; CLAVERIA GOSALVEZ RDP 1979 p 670; RIEG "Contrat type et contrat d'adhesion" p 108; DIEZ-PICAZO Fundamentos I p 233; Vid tb. la definición de H. DE PAGE apud G. BERLIOZ Le contrat d'adhesion Paris² 1976 p 27 nota 1 in fine: "se designa bajo el nombre de contrato de adhesión ciertos contratos que se forman sin discusión previa entre las partes de sus cláusulas y su tenor y en los cuales la parte aceptante se contenta con dar su consentimiento, con adherirse a un proyecto determinado y casi siempre inmutable, a un contrato tipo que le presenta la parte oferente"; ROYO ADC 1949 p 55 niega sin embargo cualquier relevancia a la distinción.

imposición para estar ante un contrato de adhesión¹¹⁴. Sin embargo, no es así. Al hablar de contrato de adhesión se atiende no sólo al hecho de que su contenido ha sido impuesto por una de las partes, sino también al hecho de que las condiciones que se imponen han sido predispuestas para una pluralidad de contratos¹¹⁵.

A efectos del régimen jurídico, la distinción carece de cualquier relevancia, puesto que, como veremos, el legislador no controla -en principio- el acto de predisposición sino la utilización de las condiciones generales. En definitiva, los contratos de adhesión no son mas que contratos celebrados sobre la base de condiciones generales. Sin embargo, es preferible utilizar el término condiciones generales no sólo porque tal ha sido la opción legal¹¹⁶, sino porque

¹¹⁴ A ello hacía referencia claramente ya Salandra en 1928 (Riv. Dir. Comm. 1928 I pp 408ss p. 411) sobre la base de los términos "aceptación" y "adhesión": la diferencia entre ambos la establecía este autor en el hecho de la pluralidad de adherentes y la unidad del que fija el contenido y definía por tanto el contrato de adhesión como el que tiene lugar cuando las mismas condiciones contractuales son adoptadas en las relaciones con más de una persona, con las cuales se concluyen contratos separados.

¹¹⁵ Así DIEZ-PICAZO Fundamentos I p 233; CLAVERIA GOSALVEZ RDP 1979 p 670; BERLIOZ Contrat d'adhesion p 27 etc.; con matices, GARCIA AMIGO Condiciones pp 136-37.

¹¹⁶ Vid. STS de 31.5.1988 (Ar 4132/88). Este dato, exacto en lo que hace a la LCU, no es correcto en todo el ordenamiento español. También utiliza el término condiciones generales la LCS y sobre todo, el AP de 1988. Sin embargo, la reciente Ley 36/1988 de 5 de diciembre de arbitraje (BOE 7.12.1988) se refiere en su art. 5. 2 a la cláusula de arbitraje como parte de un contrato de adhesión. Según el citado precepto "Si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión, la validez de este pacto y su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las

el objeto de control son las singulares cláusulas predispuestas e impuestas y no el contrato en sí, por lo que el concepto de contrato de adhesión induce a confusión, sobre todo porque no es posible establecer claramente en la práctica cuando estamos ante un contrato de adhesión y cuando no, en aquellos casos en los que una parte del mismo haya sido negociada y otra impuesta¹¹⁷. En definitiva, mientras contrato de

disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación". La norma debe calificarse como desafortunada. Calificación que se confirma si combinamos dicho precepto con la disposición adicional segunda de la propia ley que introduce graves perturbaciones en el sistema de control previsto por la LCU y en la propia noción de condiciones generales como hemos tenido ocasión de comprobar. La referencia al contrato de adhesión es incorrecta, como demostramos en la nota siguiente. En todo caso, la mención legal en la ley de arbitraje no es decisoria a efectos de decidir sobre cuál es el concepto por el que se ha decidido el ordenamiento español, porque el citado artículo 5 se limita exclusivamente a ser una remisión al Derecho de las condiciones generales para someter a éste las cláusulas de arbitraje, por lo que lo decisivo deben ser las normas que regulan las condiciones generales y no las normas de remisión.

¹¹⁷ De ahí que sea criticable la redacción que ha quedado recogida en el artículo 5.2 de la ley de arbitraje que somete de manera expresa las cláusulas de arbitraje a la legislación sobre condiciones generales "si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión". A efectos del control es irrelevante, en efecto, que una parte del contrato haya sido negociada si existen cláusulas dentro del mismo que tengan el carácter de condiciones generales. En estos casos, es discutible que estemos ante un "contrato de adhesión" pero ello no impide que se sometan al Derecho de las condiciones generales aquellas cláusulas del contrato que hayan sido predispuestas. El texto del art. 5 de la ley de arbitraje es equívoco porque para someter a la legislación de condiciones generales los pactos de arbitraje, lo hace depender de que el contrato sea o no de adhesión, lo cual, en sentido estricto debería ser irrelevante. Lo fundamental es que la cláusula de arbitraje sea una cláusula predispuesta e impuesta, esto es, una condición general. Que el resto del contrato haya sido negociado o no, es en principio y a salvo de lo que se dirá sobre los requisitos para que pueda

adhesión hace referencia a una realidad indivisible (un contrato es o no de adhesión íntegramente), con el concepto de condiciones generales se hace referencia a una realidad divisible y por ello más útil y flexible para el tratamiento jurídico de la contratación estandarizada.

5. Tras este análisis, puede concluirse que a efectos de la noción legal no hay diferencias relevantes entre los distintos términos utilizados por la doctrina, por lo que en aras de la claridad y de la precisión, parece aconsejable utilizar exclusivamente el término condiciones generales de los contratos cuando nos estemos refiriendo al problema del control de la inclusión o del contenido. Ello no significa que los restantes términos sean inútiles, ya que pueden ser más

hablarse de que ha existido una negociación, irrelevante. La referencia al "contrato de adhesión" no merecería mayor comentario si no fuera porque puede inducir a confusión. Es decir, puede llevar a que los jueces no controlen dichas cláusulas cuando se incluyen como una coletilla en un contrato negociado en buena parte del mismo, porque no puedan calificar éste como de adhesión. En conclusión debe afirmarse que la utilización en los textos legales del término "contrato de adhesión" es contraproducente porque el término no expresa correctamente el objeto de control. Por ello es de interés la STS 11.12.1985 (Ar 6434) donde se discutía si el adherente podía exigir que el predisponente se atuviera a la cláusula predispuesta -en el caso un pacto de derogación de la competencia judicial- porque el predisponente presentó la demanda en el foro del demandado a pesar de que se había establecido como foro competente el del predisponente en este caso demandante. El TS niega la pretensión señalando que era contrario a la buena fe "acogerse ahora a una cláusula realmente impuesta -contrato de adhesión". Como se ve, el empleo de condición general para referirse a estas cláusulas resulta mucho más preciso. En el mismo sentido que el texto, GARCIA AMIGO Condiciones generales p 136.

expresivos que el término condiciones generales en contextos diferentes.

§ 12. AMBITO SUBJETIVO DE APLICACION DEL DERECHO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS: LA NOCION DE CONSUMIDOR

I. La noción de consumidor en la LCU.

1. Como hemos señalado, en el Derecho español vigente, el control del contenido de las condiciones generales tiene lugar únicamente en aquellos supuestos en que el contratante sometido a las mismas actúa como consumidor. Así se desprende, en particular, del art. 10.2 I LCU y, en general, del hecho mismo de que la regulación de las condiciones generales se encuentre recogida en la Ley general de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 cuyo art. 1 (parr. 2º y 3º) delimita con carácter general el ámbito de aplicación personal de la misma por referencia a la noción de consumidor.

En las siguientes páginas se trata de analizar detalladamente las siguientes cuestiones. En primer lugar, el concepto de consumidor; en segundo lugar, su función como criterio delimitador del ámbito de aplicación de normas protectoras de una de las partes en relaciones obligatorias; y, por último, en particular, la adecuación de dicho sistema como criterio

delimitador en el ámbito del Derecho de las condiciones generales. Al mismo tiempo, se realizarán algunas valoraciones sobre la oportunidad de construir el Derecho de los consumidores como un Derecho privado especial.

2. Según el art. 1 LCU:

1.2 "... son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales bienes muebles o inmuebles, productos o servicios, actividades o funciones cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

1.3 No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transferencia, comercialización o prestación a terceros".

Esta definición legal, a pesar de su imperfección técnica y de lo farragoso y repetitivo de su redacción, responde, en su núcleo, a la noción económica de consumidor, según la cual es consumidor aquel sujeto de mercado que adquiere bienes o utiliza servicios para satisfacer necesidades domésticas -personales y familiares-¹¹⁸.

¹¹⁸ Esta es la definición generalmente aceptada en la doctrina: Vid. por ej. U. BERNITZ "Consumer protection. Aims, methods and trends in swedish consumer law" 20 Scandinavian Studies in Law (1976) p 22; N.REICH-H.MICKLITZ Consumer legislation in the E.C. countries: German Federal Republic, Londres 1980 pp 13-14; H.KÖTZ Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen Dictamen para el 50º Deutscher Juristentag, 1974 p A 13; E. VON HIPPEL Verbraucherschutz Tübinga 1979 nota 1; entre nosotros, sobre todo, A. BERCOVITZ 3 EC 1984 p 19; tb J.A. GARCIA-CRUCES "Contratación bancaria y consumo" RDBB nº 30 (1988) p 265; Más detalladamente, W.TESKE "Der Begriff des Verbrauchers, Resümee und Annäherung" en MAGOULAS/SIMON Recht und Ökonomie beim

3. Consumidor es un rol social, en cuanto que nadie es consumidor, sino que se comporta o actúa en determinados ámbitos de su vida como consumidor. Dicha actuación en el mercado, en lo que aquí interesa, puede explicarse a partir de la contraposición clásica entre acto capitalista y acto patrimonial¹¹⁹.

El acto capitalista supone, en su fase inicial la adquisición de valores de uso con valores de cambio con la finalidad de reintroducir los primeros en el mercado y recuperar -aumentados- los valores de cambio invertidos. En la segunda fase, el acto capitalista supone entregar valores de uso (los adquiridos en la primera fase para su reintroducción en el mercado) a cambio de valores de cambio, mientras que el acto patrimonial supone entregar valores de cambio para adquirir valores de uso. "Para el consumidor, lo decisivo no es la posibilidad de utilizar el valor de uso de la mercancía como posterior valor de cambio-típico del acto capitalista- sino aquél primer carácter como tal"¹²⁰, es decir, en la medida en que la finalidad es la cobertura de las necesidades, la adquisición de la mercancía se hace en función del valor de uso que dicha mercancía tiene para el consumidor y según un cálculo natural que no significa otra cosa, que el consumidor cuando decide comprar, no lo hace en función de recuperar aumentado lo que dio a cambio, sino en función de los diferentes valores de uso de los objetos.

Cuando el acto patrimonial supone a la vez la culminación del acto capitalista nos encontramos ante un acto de consumo: es decir, cuando una de las partes actúa para recuperar aumentado lo que invirtió y la otra para disfrutar del uso del objeto de intercambio.

4. Una valoración general del precepto de la LCU

Konsumentenschutz und Konsumentenkredit Baden-Baden 1985 pp 19-20: "cualquier persona física que en una sociedad industrial organizada económicamente según el mercado y caracterizada por la propiedad privada de los medios de producción adquiere u obtiene bienes o servicios según las reglas del mercado y frente a quienes actúan empresarialmente".

¹¹⁹ Vid al respecto ampliamente F.J. CONDE "Las transformaciones del Derecho patrimonial en la época del capitalismo" RDM (1947) pp 167-190. que recoge felizmente ideas desarrolladas por Max Weber.

¹²⁰ N. REICH Mercado y Derecho (Trad. de A. FONT) Barcelona 1985 p 159. Vid. tb. C. PAZ-ARES "Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa" ADC 1983 pp 986-996 donde se explica, según los postulados de la economía clásica los dos ciclos "dinero/mercancía/dinero y mercancía/dinero/mercancía" como propios del acto capitalista y del acto patrimonial.

que contiene la definición de consumidor no puede ser sino negativa.

a) Formalmente está construida mediante una definición positiva y una negativa. Añadir una definición negativa tiene sentido cuando se pretenden excluir del ámbito de aplicación de una norma supuestos que, en principio, quedarían incluidos en el tenor literal de la definición positiva. Sin embargo, la definición negativa recogida en la LCU no aporta nada, es decir, carece de cualquier valor normativo. En efecto, el art. 1.2 LCU utiliza el concepto de "destinatarios finales" para definir al consumidor y el art. 1.3 LCU dice que no son consumidores los que no sean "destinatarios finales"¹²¹.

La explicación se encuentra en el proceso legislativo. En el proyecto de ley, la definición positiva permitía incluir en su tenor literal el "consumo empresarial"¹²² de ahí que se añadiera el parr.

¹²¹ Si acaso el art. 1.3 LCU tendría un valor aclaratorio en el sentido de definir lo que se entiende por "destinatarios finales", que no son otros que los que adquieren para satisfacer necesidades particulares, puesto que señala que no son consumidores los que adquieren para uso o consumo empresarial. Sin embargo, ni para ello es útil la norma, puesto que en lugar de decir "No tendrán la consideración de consumidores los que adquieran...", al incluir "sin constituirse en destinatarios finales" siembra la duda acerca de si pueden existir adquirentes para uso o consumo empresarial que se "constituyan en destinatarios finales".

¹²² El proyecto afirmaba: "A los efectos de esta ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan finalmente, bienes, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expenden". Es decir, la única nota que tenía cierto sentido delimitador era la de que se debía tratar de adquisiciones realizadas al final del

tercero en el que se excluía del ámbito de aplicación de la ley a los adquirentes de bienes para integrarlos en procesos de producción. Una enmienda en el Congreso, al introducir la noción de destinatarios finales en ambos párrafos, hizo desaparecer la distinción y, lo que es más grave, renacer la posibilidad de confusión respecto a la inclusión o no del "consumo empresarial"¹²³

b) En segundo lugar, la definición enlaza verbos y sustantivos -en muchos casos sinónimos- sin necesidad alguna, con la única finalidad aparente de destacar que la definición pretende ser omnicomprensiva. Estas reiteraciones pueden provocar -como ha señalado la doctrina- dificultades interpretativas¹²⁴.

c) En tercer lugar, no se contiene una referencia expresa a que la relación de consumo supone una relación entre alguien que actúa empresarialmente y alguien que actúa con finalidades domésticas o familiares, con lo que cabe la duda de si son relaciones de consumo las que se establecen entre dos particulares.

5. Dados los defectos señalados en la definición legal, la exposición de la noción de consumidor la realizaremos al hilo de las notas de la misma recogidas en la noción doctrinal expuesta, y haciendo referencias en cada momento a su expresión en la LCU.

proceso de producción y distribución.

¹²³ Los datos pueden verse en 3 EC (1984) pp 177ss. Más det. BERCOVITZ 3 EC (1984) pp 26 y 29.

¹²⁴ Por ej. "bienes o productos" "servicios, actividades o funciones" "facilitar, suministrar, expedir" vid. BERCOVITZ 3 EC (1984) pp 28-29. Así, al hablar de "funciones" junto con la irrelevancia del carácter público del oferente, cabría pensar en que se incluyen servicios públicos actualmente sometidos al Derecho administrativo o de la Seguridad social (educación, sanidad etc).

a) Normalmente, se entiende por consumidor sólo **personas físicas**. No obstante, el art. 1 LCU, incluye expresamente a las personas jurídicas. Esta inclusión no tiene, sin embargo, excesiva trascendencia puesto que como se ha señalado con acierto, sólo son imaginables como personas jurídicas-consumidores aquellas que, sin finalidad de lucro, transmitan a título gratuito los bienes y servicios adquiridos (como por ej. fundaciones o asociaciones que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad)¹²⁵.

Como opción de política legislativa, nos parece equivocada, puesto que una de las razones fundamentales que justifican la protección del consumidor estriba en que, a diferencia de los empresarios, carecen de una organización que les permita "autoprotegerse", circunstancia que no concurre en los casos de personas jurídicas citados.

b) La actuación como consumidor es una actuación para satisfacer necesidades particulares, lo que excluye considerar como consumidor las adquisiciones para consumo empresarial¹²⁶. Tal conclusión se desprende del

¹²⁵ A. BERCOVITZ 3 EC (1984) pp 36-37. En este sentido podría entenderse la enmienda propuesta por el Grupo Vasco que definía a los consumidores como aquellos que adquieren bienes y servicios para uso personal, familiar y colectivo.

¹²⁶ Vid. sin embargo, G. PAISANT "Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives" Recueil Dalloz Sirey 1988 nº 34 (Chronique) 20-10.1988 pp 253-255 donde apoyándose en la definición española, se analiza la más reciente jurisprudencia francesa en el sentido de que el consumo empresarial sería consumo en sentido estricto cuando el empresario adquiriese objetos que no tienen que ver con el tráfico al que se dedica aún cuando vaya a utilizarlos en el desarrollo de su empresa (p ej. el empresario de carnes que compra un ordenador o un sistema de alarma para sus oficinas). La argumentación de este autor es insostenible (Así por ej. p. 254 afirma que en unos casos el precio de lo adquirido no se repercute en el precio de los bienes o servicios que presta el empresario y en otro si, lo cual

art. 1.3º LCU expresamente.

La llamada noción "objetiva" de consumidor, en la que consumidor y cliente se confunden¹²⁷, sólo provoca dificultades y no responde a las ideas de política jurídica que están detrás del llamado "Derecho de los consumidores". Sin embargo, no han faltado voces muy autorizadas que han criticado la noción estricta de consumidor, aquí mantenida, calificándola de "restrictiva" e inconveniente por reducir el alcance práctico de las normas protectoras, dado que, como es sabido, los consumidores "no litigan"¹²⁸

desde el punto de vista del examen de los costes de la empresa no es de recibo. Es obvio que el carnicero incluye igualmente en el precio de sus carnes tanto los cuchillos para cortarla como la máquina registradora o el sistema de alarma de su establecimiento), porque no tiene en cuenta que la diferencia de trato se basa, como lo demostrarán los ejemplos, en que el consumidor carece de una organización y de una experiencia como contratante comparable a la de un empresario.

¹²⁷ Vid p ej. J.P.PIZZIO "L'introduction de la notion de consommateur en Droit français" Dalloz Chronique 1982 I p 92; BERMEJO VERA "Aspectos jurídicos de la protección a los consumidores" Revista de Administración Pública nº 87, 1978 p 259; Más detalles sobre la cuestión en BERCOVITZ 3 EC (1984) pp 19-20. La jurisprudencia ha utilizado en ocasiones la noción de consumidor como cliente en STS 14.11.1984 (Ar 5550 obiter dictum). Correctamente SAT Sevilla 16.10.1985 RGD Nº 504 Sept. 1986 pp 4191-93: "quien realiza todo tipo de contratos para la satisfacción de necesidades privadas". Incorrecta hasta el absurdo, por tanto, (amén de las referencias innecesarias y perturbadoras a la Constitución) la SAT Madrid 17.4.1989 (EL PAIS 3.5). Se trataba de una relación entre un banco y una empresa que había pedido un crédito y se plantea el conocido problema del valor de las certificaciones de saldo expedidas por los bancos en el juicio ejecutivo. La reseña periodística afirma que el tribunal aplica la LCU (sin citar el precepto correspondiente) y "asegura que la alegación del Banco, sobre que dicha normativa no es aplicable a una sociedad anónima (el deudor era una empresa con dicha forma social) <<carece de toda relevancia jurídica>> ya que la empresa ejecutada <<en cuanto productora de bienes y servicios, viene obligada>>, dice, << por esas normas, y en cuanto consumidora de otros bienes o servicios viene protegida por ellas>> (sic).

¹²⁸ Vid. F. SANCHEZ CALERO "El Código de comercio y los contratos mercantiles" en Centenario del Código de Comercio T. I Madrid 1986 p 241; y sobre todo F. DE CASTRO "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" ADC (1982) pp 1076. Las

c) Es una actuación en el mercado, de manera que no hay consumo frente a la administración cuando ésta actúa sometida al Derecho administrativo¹²⁹. No así, cuando se trata de empresas públicas que actúan en régimen de Derecho privado¹³⁰.

Esta conclusión no se desprende directamente del texto legal, pero tampoco la contraria. La referencia en el mismo a la naturaleza "pública o privada" de los que suministran los servicios o los bienes puede interpretarse referida a las empresas públicas.

Precisamente porque se trata de una actuación en el mercado, tampoco deben considerarse como actuaciones de consumidores las que se realizan "fuera" de las condiciones del mercado, es decir, en condiciones especiales en atención, por ejemplo, a la relación

críticas de Sanchez Calero van en el sentido de que la noción de consumidor no selecciona bien los sujetos merecedores de protección, las de De Castro deben entenderse a nuestro juicio, no hechas a la noción de consumidor en sí misma sino a la opción legislativa de la LCU en materia de condiciones generales. En efecto, que el control de las condiciones generales se aplique exclusivamente a contratos celebrados con consumidores no es un problema de la definición de consumidor sino del ámbito de aplicación de la ley (respecto del cual De Castro se muestra partidario de una normativa de alcance general vid. pp 1077-1080), pero eso no debe significar transformar la noción de consumidor porque la convertirían en superflua, sino declarar aplicable la ley con independencia de quien sea el adherente, como veremos más detalladamente infra § 11.I.

¹²⁹ Vid por todos BERNITZ cit. nota 4 p 24. Impreciso BERCOVITZ 3 EC (1984) p. ej. p 23. Vid más detall. respecto a la actuación de la administración supra § 9.III.

¹³⁰ Precisamente si hay alguna figura paralela a la de consumidor es la de administrado. Todos somos administrados, incluso los administradores cuando no actúan como tales. Ello ha permitido decir a Galgano que la idea de la protección del consumidor va dirigida a que el empresario garantice al ciudadano una protección semejante a la que el ciudadano espera del Estado. Vid GALGANO, Riv. Trim. Dir. Pr. Civ. 35 (1981) p 40.

laboral existente entre el cliente y la empresa.

Una muestra clara de esta idea nos la suministra la Directiva comunitaria sobre crédito al consumo que excluye de su ámbito de aplicación los créditos que se concedan a tipos de interés inferiores a los del mercado y que no se ofrezcan al público en general (art. 2 nº 2).

d) Tampoco estamos ante un acto de consumo cuando el acto de intercambio es "patrimonial" para ambas partes, es decir, sólo hay consumidores cuando en frente hay empresarios¹³¹.

Dicho requisito no está recogido tampoco de manera expresa en el art. 1 LCU, pero el mismo se deduce de la propia finalidad de protección de la LCU que carece de sentido en las relaciones entre particulares donde no existe de modo genérico la "necesidad de protección" que ha justificado la intervención del Estado¹³². Además, hay preceptos en la LCU que así lo indican (por ej. art. 3; art 8; 22.6 "colaboración entre organizaciones de consumidores y de empresarios...").

Por empresario debe entenderse cualquier persona que realiza una actividad económica organizada dirigida a introducir bienes o servicios en el mercado¹³³. Se incluyen por tanto, también a los profesionales

¹³¹ Vid REICH/MICKLITZ Consumer protection p 13. Entre nosotros BERCOVITZ 3 EC (1984) p 23; J.A. GARCIA-CRUCES "Contratación bancaria y consumo" RDBB nº 30 (1988) p 263; contra A. MARINA GARCIA-TUÑON "El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: la UCTA 1977" RDBB nº 25 (1987) p 35 ss quien afirma "La norma (que define lo que es "dealing as a consumer") ha sido objeto de importantes críticas (?) ya que de su tenor literal parece excluirse la posibilidad de celebrar "consumer contracts" entre consumidores".

¹³² Así BERCOVITZ 3 EC 1984 p 35 con referencia a una sentencia del TC que parece partir de la relación consumidor/empresario.

¹³³ Vid R. URÍA Derecho Mercantil¹⁵ Madrid 1988 pp 32-36. Por tanto, la noción de empresario a efectos de las normas sobre consumidores, se construye de manera semejante a lo que ocurre en el Derecho de la competencia. Vid. Exp. Mot. Proy. de ley de competencia desleal de 1989 nº 2.

liberales¹³⁴.

II. La utilización de la noción de consumidor como criterio personal de delimitación del ámbito de aplicación de normas protectoras a partir de algunos ejemplos del Derecho español y el comunitario.

1. Esta relación empresario/consumidor que hemos tratado de describir, es la que está en la base de numerosas -y siempre crecientes- normas correctoras de situaciones de desigualdad mediante la protección de una de las partes de la relación, y es la que "ha inspirado" al legislador al efectuar la regulación. Conviene preguntarse, por ello, si la noción de consumidor constituye un "punto de conexión" adecuado para delimitar las situaciones necesitadas de una regulación protectora de una de las partes.

2. Para ello, examinaremos algunos supuestos en los que el legislador ha recurrido a ella, tratando de extraer los motivos que han determinado esta opción legislativa.

a) En el Derecho español dejando aparte la LCU existían ya ejemplos de preceptos legales que han utilizado el criterio de la "actuación para consumir" para delimitar el ámbito de aplicación de normas específicas. Dentro de ellas vamos a exponer aquí algunos ejemplos clásicos:

aa) El art. 326. 1º C de c., que declara no mercantiles "las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de la persona por cuyo encargo se adquirieron". Como ha quedado suficientemente demostrado¹³⁵, dicho precepto se refiere a consumo en sentido estricto y no incluye el llamado uso o consumo empresarial, y consecuentemente, el apdo 4º de dicho precepto, tampoco considera mercantiles las reventas realizadas por un no comerciante del resto de los acopios que hizo para su consumo, porque para el vendedor no se trata de un "acto capitalista" por cuanto que la adquisición (en su momento) de las mercancías no se hizo con ánimo de "valorizarlas" sino con ánimo de consumo.

bb) Un supuesto dudoso lo constituye el de las compraventas a plazos reguladas en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos de 1965. Según el art. 4.1º de

¹³⁴ Así tb. BERCOVITZ 3 EC 1984 pp 35-36; LOPEZ-SANCHEZ "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español" RGLJ 1987-4 oct. p 634.

¹³⁵ Vid C. PAZ-ARES ADC 1983 p 977; F. OLEO RDM (1985) 765-776.

dicha ley, la misma no se aplica a "las compraventas a plazos de bienes muebles que, con o sin ulterior transformación o manipulación se destinen a la reventa al público". El precepto recuerda en su tenor al 325 C de C. que correctamente interpretado, como acabamos de ver, incluye las compras para uso o consumo empresarial. La interpretación del art. 4 LVP debería ir, por tanto, en la misma línea y considerar incluidas en dicha ley sólo las compras efectuadas por un consumidor en el sentido del art. 1 parr. 2 y 3 LCU. A ello apunta asimismo la clara voluntad del legislador de excluir las compraventas realizadas entre comerciantes tal como ha quedado recogida en la Exposición de Motivos¹³⁶. Sin embargo, el Decreto 1193/66 de 12 de mayo incluye en la lista de bienes sometidos a la ley los "bienes de equipo, capital productivo en general y especialmente, los tractores, maquinaria agrícola pesada, motores destinados a fines industriales o agrícolas, caminos para transportes de mercancías y autobuses y maquinaria". Es decir, bienes que por el destino asignado no son adquiridos por consumidores. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia han incluido compras para uso o consumo empresarial en el ámbito de aplicación de la ley¹³⁷. Si, por coherencia, la solución debería ser idéntica al supuesto del art. 326 C de C. y limitarse la aplicación de la ley a las compras efectuadas por consumidores, debe haber otra explicación para el hecho de que el desarrollo de la ley haya seguido otros derroteros ignorando la voluntad del legislador y continuando con la situación anterior que incluía las compraventas de bienes de equipo¹³⁸. Dicha explicación puede formularse afirmando que la intención del legislador no se ha reflejado en el contenido de la ley: Si la exclusión de las compras para revender se debía a que los empresarios no necesitaban de la protección de la ley ¿por qué proteger al empresario que adquiere maquinaria para su empresa y no al que la adquiere para revenderla? La norma que excluye las compras para revender tiene, a nuestro juicio, otra explicación, que procede de la finalidad de la LVP como ley que ha recogido fundamentalmente los intereses de

¹³⁶ Los comerciantes "conocedores de la realidad económica no necesitan de especial protección". Vid tb. la enmienda presentada al texto del art. 4.1 por J. Nadal (en R. BERCOVITZ Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles Madrid 1977 pp 144-45 nota 1), que apuntaba en el sentido de dejar claro que la ley no se aplicaría a las ventas de bienes "que se destinen a la reventa al público o a usos industriales o comerciales".

¹³⁷ Vid. R. BERCOVITZ Comentarios pp 84-88 y 145-147 donde denomina expresamente "consumidor" a los que "consumen" bienes de equipo, capital...

¹³⁸ Vid R. BERCOVITZ ibidem pp 144-5 nota 1

los vendedores. La delimitación del ámbito de aplicación de la ley incluyendo las compras para uso o consumo empresarial pero no las compras para revender, tiene sentido porque lo decisivo a efectos del contenido de la ley es que se trate de compraventas de bienes destinados a permanecer en posesión del comprador, dado que el contenido más destacado de la misma es, precisamente, la eficacia frente a terceros de la reserva de dominio y las prohibiciones de disponer. No tendría sentido, por lo tanto, que se incluyeran en el ámbito de aplicación de la ley las compras para revender, cuando por ejemplo, la venta dolosa en perjuicio del vendedor se califica de apropiación indebida (art. 12 LVP). La ley pretende y está pensada para aquellas compras en que los bienes no están destinados a ser revendidos sino a permanecer en manos del comprador, por lo que el criterio real de delimitación no es el carácter de consumidor o empresario del comprador y la finalidad de la adquisición -como ocurre en el art. 325 C de C- sino el que el objeto permanezca en el patrimonio del comprador o no, siendo irrelevante el destino (consumo personal o empresarial) que el comprador dé al objeto. Nos encontramos, pues, a nuestro juicio, ante un claro supuesto de contradicción entre la voluntas legis y la mens legislatoris.

cc) El tercer supuesto clásico de una norma de nuestro Derecho privado que utiliza la noción de consumidor para delimitar su ámbito de aplicación es el del art. 1967.4º CC que establece la prescripción corta de tres años en lugar de la general de quince para las acciones para exigir el cumplimiento de la obligación de abonar a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo son o que, siéndolo se dediquen a distinto tráfico. La norma sólo incluye como beneficiarios de la misma a los que actúan como consumidores en sentido estricto, y por tanto, la expresión legal "comerciantes que se dediquen a distinto tráfico" significa que actúan como consumidores, esto es, que "no adquiriría(n) por razón de su tráfico sino por motivos extraños a su negocio, es decir, para su consumo personal"¹³⁹.

De este precepto nos interesa destacar que la regulación adoptada responde una vez más a un punto de vista material: la situación peligrosa en las compras a "mercaderes" consiste en que los que adquieren para su uso privado, frecuentemente no exigen recibo del pago de las mismas, por lo que parece conveniente reducir el plazo en el que el comerciante puede exigir el pago, ya que de mantenerse el plazo normal el cliente se

¹³⁹ MUÑOZ PLANAS Estudios homenaje a Polo p 709. Concluye este autor que a la norma "no le faltan títulos para que pueda ser considerada como un capítulo más de ese complejo institucional que se ha dado en llamar modernamente Derecho de los consumidores".

enfrentaría a graves dificultades probatorias¹⁴⁰.

Por otro lado, el criterio está adecuadamente escogido en cuanto normalmente cuando el que adquiere es un comerciante actuando en el ámbito de su actividad profesional, la extensión de un recibo es una práctica habitual, e incluso obligatoria, por lo que no se da la necesidad de protección expuesta. Como se ve, el legislador delimita materialmente una situación necesitada de una regulación especial y, a continuación, utiliza la noción de consumidor como criterio para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de la misma.

b) En el Derecho Comunitario encontramos también y cada vez en mayor número, normas que utilizan como criterio de conexión para delimitar el ámbito de aplicación de las directivas, la noción de consumidor en sentido estricto¹⁴¹.

aa) Un supuesto de este tipo se encuentra en la Directiva comunitaria sobre el derecho de desistimiento en los negocios celebrados en el domicilio del cliente¹⁴². Dicha Directiva otorga en su art. 5 un

¹⁴⁰ Muñoz Planas, en un profundo estudio sobre este precepto, concluye que se trata de una norma especialmente establecida contra los comerciantes y a favor de los particulares consumidores cuyas adquisiciones de bienes para atender a sus ordinarias y personales necesidades solían y suelen solventarse en el acto sin exigir recibo del pago hecho: "Bajo la consideración de que son operaciones de la vida cotidiana, por lo común concertadas verbalmente, en las que el precio suele pagarse en el acto o casi de inmediato y sin que el comprador exija normalmente recibo del pago hecho, nació efectivamente la idea razonable de someter a un plazo breve de prescripción la obligación de pagar el precio y ello como medida de defensa del particular consumidor y de sus herederos frente a eventuales y extemporaneas reclamaciones de los comerciantes vendedores" J.M. MUÑOZ PLANAS "La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo" en Estudios homenaje a A. Polo, Madrid, 1981 p 580.

¹⁴¹ La razón por la que la CEE recurre a la "protección del consumidor" para legitimar su intervención legislativa en estos problemas, se encuentra, probablemente, en que de otro modo, la habilitación legislativa de los órganos comunitarios sería más que dudosa. Vid F.J. AMOROS Cuadernos de Derecho y comercio nº 2 (1987) pp 123ss.

¹⁴² Diario Oficial CEE L 372/31 de 31.12.1985. Sobre la ley alemana que incorpora la directiva Vid. D. FUCHS "La ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio" ADC 1987 pp 205-210.

derecho al cliente a rescindir el contrato sin alegar causa alguna durante un periodo de una semana desde la celebración del mismo¹⁴³, cuando el contrato se hubiera celebrado fuera del establecimiento del comerciante o empresario, en el domicilio del consumidor o en su lugar de trabajo o con ocasión de un acto organizado por el empresario siempre y cuando la iniciativa para la celebración no hubiese partido del propio cliente (art. 1 in fine).

Esta normativa trata de proteger al cliente en su libertad de decisión negocial¹⁴⁴. Lo específico de los supuestos regulados en la directiva consiste en que en éstos, la necesaria reflexión por parte del cliente antes de decidirse a contratar, viene eliminada por la especial forma de celebración del contrato, (no por el contenido del mismo, esto es, el valor o la calidad de la prestación¹⁴⁵). En cuanto que es la otra parte, la que con su actuación, impide típicamente al cliente que adopte una decisión meditada, la reacción coherente del ordenamiento es permitirle desistir del contrato una vez que ha tenido dicha oportunidad, esto es, concederle un plazo durante el cual pueda decidir tranquilamente si le conviene o no vincularse¹⁴⁶.

Efectivamente, la celebración del contrato en el domicilio del cliente, o en su lugar de trabajo o con ocasión de un acto organizado por la empresa vendedora presenta elevados riesgos para la libertad de decisión del cliente¹⁴⁷.

En primer lugar, la iniciativa para la celebración del contrato, a diferencia de lo que ocurre en el comercio "sedentario" no parte del cliente, sino del empresario¹⁴⁸. Esto lleva consigo que el cliente sea

¹⁴³ Más exactamente desde que el profesional le comunicó su derecho a desistir vid. art. 5 en relación con el art. 4.

¹⁴⁴ Vid por todos P. GILLES NJW 1986 p 1133: "como consecuencia de las formas de comunicación y de contacto individuales, aisladas e intensivas típicas del marketing directo, las posibilidades de una decisión autónoma son frecuentemente mucho más reducidas que las de los negocios iniciados por el cliente".

¹⁴⁵ Vid D. MEDICUS "Verschulden bei Vertragsverhandlungen" en Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Colonia 1981 tomo I pp 524-525

¹⁴⁶ Vid MEDICUS ibidem p 522; LÖWE BB 1986 p 822.

¹⁴⁷ Vid. un análisis de la práctica de estas formas de venta realizada por un programa de la TV alemana en M. LEHMANN Vertragsanbahnung durch Werbung Munich 1981 pp 74-76.

¹⁴⁸ Vid. TESKE ZIP 1986 pp 624-636 ampliamente.

"cogido por sorpresa" y sin una representación mental concreta respecto a la prestación que se le ofrece, a la necesidad de la misma y sobre todo a la relación precio-calidad en cuanto que por este método se le niega la posibilidad de comparar la oferta que se le hace con otras ofertas existentes en el mercado¹⁴⁹.

En segundo lugar, la presión que se ejercita sobre el cliente para que se decida a contratar es muy superior a la normal cuando es el propio cliente el que toma la iniciativa. Factores que influyen en este sentido son, entre otros y sobre todo que el personal de la empresa (representantes, agentes...) está especialmente preparado para aprovechar psicológicamente la situación, lo que en ocasiones lleva al cliente a contratar por razones ajenas al objeto mismo del contrato¹⁵⁰; que el representante se entromete en la esfera íntima del cliente¹⁵¹ etc.

En tercer lugar, estos métodos de venta favorecen el empleo de prácticas desleales respecto a otros competidores.

Por tanto, la CEE ha operado seleccionando en primer lugar, el ámbito de aplicación material. A continuación ha examinado si debe otorgarse tal derecho de rescisión a cualquier cliente o existen razones que justifican limitar la atribución de dicho derecho sólo a determinados clientes. Pues bien, como veremos, la noción de consumidor delimita correctamente el círculo de clientes necesitados de protección, y la Directiva lo recoge específicamente en su art. 1 en relación con el 2. Según el art. 1 de la Directiva sólo se aplica la misma a los contratos celebrados entre empresarios y

¹⁴⁹ SOERGEL/SIEBERT/ WOLF BGB Kommentar. Comentario a la ley alemana sobre revocación de los contratos celebrados en el domicilio del cliente Einleitung nº marg. 2; GILLES NJW 1986 p 1133; WESTERMANN Gutachten p 36 y entre nosotros A. BERCOVITZ Estudios p 166.

¹⁵⁰ Por ej. para que el representante "se vaya de una vez" de mi casa, "por compasión": en ocasiones dichos representantes se presentan como "estudiantes" que tratan de reunir fondos para un viaje de fin de curso o como "parados". Piénsese además que el cliente no puede "irse" como puede hacerlo de una tienda, sino que tiene que "echar" al vendedor. También se presiona psicológicamente al cliente utilizando a los hijos, como ocurre en los famosos "concursos de dibujo" organizados por empresas editoriales en colegios en los que todos los niños resultan "premiados" e "invitados" con sus padres a la "entrega de premios", acto en el cual aparece la correspondiente enciclopedia. Vid. A. BERCOVITZ Estudios p 166; más det. P. GILLES Das Recht des Direktmarketing Heidelberg 1982 p 23.

¹⁵¹ Vid nota anterior y TESKE/SIMON en MAGOULAS/ SIMON Recht und Ökonomie p 336.

consumidores.

El art. 2 define ambos conceptos señalando que consumidor es aquella persona física que no actúa en el marco de su actividad profesional o empresarial¹⁵², y empresario es la persona física o jurídica que al celebrar el contrato actúa en el marco de su actividad profesional.

Con ello, quedan excluidos dos grupos de supuestos: los casos en los que ninguna de las partes actúa en el marco de una actividad empresarial (contratos entre particulares) y aquellos en que ambas partes celebran el contrato en el marco de su actividad profesional (contratos entre empresarios). En el primer caso, no existe necesidad de protección porque no se da normalmente ese "exceso de presión" sobre el cliente¹⁵³. En el segundo grupo, los sujetos afectados no necesitan de igual modo que los consumidores una protección especial y ello porque puede presumirse que los empresarios cuando se enfrentan a dichas prácticas comerciales tienen una mayor capacidad de resistencia o están dotados de la habilidad (y de la costumbre) necesaria para hacerles frente¹⁵⁴.

¹⁵² Son los no comerciantes y aquellos que "siéndolo se dediquen a distinto tráfico" del art. 1967. 4º CC.

¹⁵³ Vid Exp. de motivos de la ley alemana en ZIP 1985 pp 377s esp. p 383: "Aquí se trata de celebraciones de contratos entre particulares que ofrecen por ej. muebles o coches usados... En éstos, la iniciativa parte a menudo del interesado en la adquisición que contesta a un anuncio insertado por la otra parte en una publicación. El que no actúa profesionalmente rara vez pone a la otra parte en una situación semejante a la de los negocios en el domicilio del cliente".

¹⁵⁴ Así MEDICUS Gutachten p 526; LÖWE BB 1986 p 829; GILLES NJW 1986 p 1146. Entre nosotros, similar, A. BERCOVITZ Estudios pp 167-68. Vid tb. exp. mot. ley alemana ZIP 1985 p 383. El ejemplo que suele citarse es el del abogado en su despacho o el del médico en su consulta. Probablemente hay más razones que explican la menor necesidad de protección. En primer lugar, los mecanismos de distribución a profesionales y al consumidor final son distintos. Los negocios a domicilio (entendiendo aquí por domicilio la sede de la empresa) son mucho más necesarios y frecuentes en la distribución a profesionales, porque frecuentemente no hay "tiendas" o establecimientos abiertos al público donde dichos bienes o servicios puedan adquirirse. En segundo lugar, en el caso de los profesionales puede presumírseles un conocimiento de las ofertas alternativas existentes en el mercado respecto a dichos productos o servicios, conocimiento del que carece el consumidor, por regla general. Dicho conocimiento viene frecuentemente dado porque el profesional recibe la visita de diferentes

bb) De una forma similar, delimita su ámbito de aplicación la primera directiva comunitaria sobre crédito al consumo¹⁵⁵. Consumidor es quien en la operación crediticia actúa con fines que pueden considerarse al margen de su oficio o profesión y prestamista cualquier persona que conceda crédito en el desempeño de su oficio, actividad o profesión (art. 1.2 a) y b))¹⁵⁶.

En este caso, la utilización del consumidor como criterio de delimitación subjetiva, parece justificada por la diferente situación en que se encuentran consumidores y empresarios en las operaciones de crédito. Mas que ninguna otra razón, pesa aquí que el consumidor es en este ámbito -y por contraposición al empresario- un contratante de "tiempo libre" por lo que el coste de proporcionarse información acerca de las distintas ofertas existentes en el mercado es muy superior a la del empresario. Este tiene, en primer lugar, una mayor formación acerca de los elementos financieros de la operación, y en segundo lugar, un

oferentes para un mismo producto o servicio. En tercer lugar, el profesional o empresario puede "controlar" la situación y de hecho la regula (por ej. estableciendo horas de visita para dichos representantes), de modo que el efecto sorpresa es mucho menor.

¹⁵⁵ Directiva comunitaria relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo 87/102 DOCE L 42 de 12 de febrero de 1987: vid. un resumen en F.J. AMOROS Cuadernos de Derecho y Comercio nº 2 1987 (sept.) pp 123-145. Además, recientemente se ha publicado una propuesta de Directiva sobre la materia que modifica el art. 5 de la Directiva citada estableciendo un método uniforme de cálculo de las cargas financieras de los préstamos incluidos en aquella. Vid brevemente una noticia de la misma en RDBB nº 30 (1988) pp 473-474 y las OO.MM de Hacienda (3.3.1987 y 16.6.88)

¹⁵⁶ Contra lo que afirma GARCIA-CRUCES ("Contratación bancaria y consumo" en RDBB nº 30 (1988) p 264) en estas directivas no se utiliza un "concepto amplio" de consumidor diferente del consagrado en el art. 1 LCU, porque la definición no viene dada, sólo, como pretende este autor por la denominación de consumidor como la persona que actúa al margen de su profesión al solicitar el crédito, sino que la misma ha de completarse con la referencia al carácter profesional del prestamista, lo que nos da la imagen completa del consumidor como sujeto que actúa en el mercado para satisfacer sus necesidades particulares y frente a un empresario.

mayor interés en procurarse dicha información porque la cuantía de la operación suele ser mayor, y en general puede suponerse una mayor información acerca de la situación del mercado en este aspecto¹⁵⁷.

cc) Un grupo de supuestos similar, aunque no idéntico, es el formado por aquellas disposiciones en las que el ámbito subjetivo de aplicación es ilimitado en general, pero que reserva la aplicación de algunas de sus normas a las relaciones entre empresarios y consumidores. Dichas disposiciones parten de la base de que la protección resulta necesaria para cualquier sujeto, precisamente, porque no parten del elemento subjetivo para delimitar el ámbito de aplicación de la norma, sino de la situación material en la que se detecta un déficit de protección, siendo la noción de consumidor, nuevamente un punto de conexión auxiliar para diferenciar el grado de protección según las características de los sujetos. Es decir, la protección es necesaria para cualquier sujeto, pero determinados grupos de sujetos necesitan una protección más amplia. Un ejemplo de este grupo nos lo suministra la Directiva sobre responsabilidad del fabricante por productos defectuosos de 25 de agosto de 1985¹⁵⁸. Los daños materiales producidos en propiedades del dañado distintos de la cosa defectuosa sólo quedan cubiertos por la directiva en la medida que se trate de bienes destinados normalmente al uso o consumo privado y hayan sido utilizados por la víctima principalmente para su uso o consumo privado (art. 9 b). Con ello queda excluida de la Directiva la satisfacción de los daños materiales producidos en los bienes destinados al consumo empresarial. Aunque la Directiva no utiliza el término consumidor, es obvio que la reparación de los daños materiales sólo queda cubierta cuando el sujeto que los ha sufrido sea un consumidor en el sentido aquí

¹⁵⁷ Tal parece ser igualmente el criterio inspirador de la OM. Hacienda de 3 de marzo de 1987 (BOE 5.3) en la que la entrega obligatoria del documento contractual se establece sólo para los créditos y préstamos inferiores a 10 millones de pesetas, mientras que en general, ha de ser el cliente el que solicite una copia del contrato. Vid al respecto la OM Hacienda de 16.6.88 y la Circular del Banco de España 15/88.

¹⁵⁸ (DOCE L 210 de 7.8.1985). Dicha directiva establece la responsabilidad del fabricante por los daños causados por los defectos de sus productos (art. 1) entendiendo por producto defectuoso aquél que no ofrece la seguridad que legítimamente cabía esperar (art. 6) y obligando a la indemnización de los daños o lesiones corporales (art. 9 1ª a)

expuesto¹⁵⁹.

La fundamentación de tal diferencia de trato se debe a que en el caso del consumo empresarial, la responsabilidad por daños a otros bienes del empresario suele (o puede) regularse contractualmente, por lo que la necesidad de protección no es idéntica¹⁶⁰.

Con este ejemplo, queda claro que hay situaciones materiales en las que las necesidades de protección son generales, pero existen diferencias específicas que pueden ser atendidas mediante el empleo de la noción de consumidor.

dd) Otro grupo de normas lo constituyen aquellas que protegen a una de las partes de una relación basando dicha protección exclusivamente en una situación material de la que derivan típicamente peligros para uno de los contratantes, con lo que el ámbito de aplicación debe determinarse sólo materialmente y no subjetivamente, de forma que las características personales (típicas) del contratante carecen de relevancia (viajes a forfait).

Esto no significa, naturalmente, que no puedan existir diferentes necesidades de protección, incluso diferencias típicas cuando el cocontratante es un consumidor y cuando actúa empresarialmente. Lo que sucede es que dichas diferencias no han quedado plasmadas en la regulación, bien porque no fueran suficientemente relevantes, bien por lo que llamaba Hueck "interés de practicabilidad" de la norma.

Puede no existir diferencia relevante alguna: por ej. cuando se trata de proteger la vida y la integridad física de las personas (responsabilidad del fabricante, etiquetaje...) ya que a estos efectos es indiferente el destino que se dé al objeto. Puede que el criterio subjetivo (consumidor/no consumidor) no sea practicable porque los costes (terciarios) de aplicar la norma según dicho criterio sea superior al "coste" que pueda suponer un error en la decisión, es decir, que resulten protegidas personas no necesitadas de protección. Estas

¹⁵⁹ Debe aclararse que se trata de un consumidor respecto a los bienes dañados, no respecto al bien defectuoso. El hecho de que la Directiva exija que el producto sea según su naturaleza de los que normalmente se destinan al uso o consumo privado puede explicarse por la necesidad de proteger al empresario en sus expectativas respecto de las cuales organiza su empresa, en particular los costes (seguro) de la responsabilidad por productos defectuosos. Es decir, constituye una limitación de la responsabilidad del empresario.

¹⁶⁰ Vid. por todos TASCHNER "Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland" *NJW* 1986 pp 611-616 p 616, lo cual explica que la indemnización no se extienda respecto a los consumidores al propio objeto defectuoso. Respecto al mismo, las acciones derivadas del contrato deben bastar.

normas suelen considerarse como normas de protección de los consumidores, aún no siéndolo estrictamente, porque en las razones de política jurídica que llevaron a su promulgación fue normalmente decisivo lo que se ha denominado "noción abstracta de consumidor"¹⁶¹, es decir, la necesidad de protección general que suele personificarse en el "consumidor"¹⁶².

No incluimos aquí otros supuestos mas clásicos como la protección del arrendatario o del asegurado, porque en ellos la noción de consumidor no ha jugado papel alguno ni siquiera desde el punto de vista de la política jurídica.

III La noción de consumidor y el "Derecho de los consumidores".

Del análisis efectuado, que no pretende ser exhaustivo, se deduce ya una cierta imagen de la función que la noción de consumidor puede y debe cumplir en el Derecho contractual actual, y por tanto, respecto al

¹⁶¹ Vid. A. BERCOVITZ 3 EC (1984) pp 15-16.

¹⁶² Vid. WESTERMANN Gutachten p 48. Un ejemplo de este tipo lo constituye la regulación del contrato de viaje en el Código Civil alemán (§§ 651 a)-k)) donde el sujeto protegido es el viajero que contrata con una agencia de viajes un viaje completo o "a forfait" (Pauschalreise), esto es, no prestaciones aisladas (billetes o reservas de hotel) sino un viaje de manera global (transporte más estancia etc.) Que el viajero actúe como consumidor o no, es irrelevante para disfrutar de la protección que brinda esta regulación. La necesidad de protección está ligada nuevamente al objeto del contrato y a las peculiaridades del proceso de contratación. En estos viajes "todo incluido" el cliente paga por anticipado ("En un restaurante uno empieza por el aperitivo, no por la cuenta" apud K. TONNER "Reisevertrag" en Handbuch des Verbraucherrechts Darmstadt 1986 C 8 p 5), con lo que en caso de disputa legal tienen que ser él el que demande al empresario. En Alemania, además, se trata de un mercado dominado por dos grandes oferentes a los que están vinculados miles de agencias de viaje en exclusiva (vid TONNER Handbuch C 8 p 5). Esta ligazón entre agencias y "tour operadores" ha sido prohibida recientemente por considerarse atentatoria contra las normas de la libre competencia. Estas características hacen que resulte especialmente necesaria una regulación imperativa protectora del viajero.

sentido que tenga hablar de un "Derecho de los consumidores".

a) En primer lugar, no es un criterio general que permita la construcción en torno a él de un nuevo sector del Derecho¹⁶³, en concreto dentro del ámbito del Derecho de obligaciones y contratos. De aquí que nos parezca muy criticable la opción legislativa que supone la LCU, como vía de realización del principio constitucional de protección de los consumidores¹⁶⁴.

b) En segundo lugar, la determinación del ámbito de aplicación de normas protectoras de una de las partes de una relación obligatoria debe realizarse atendiendo a criterios materiales que pongan de manifiesto una situación de "déficit de protección". Sólo entonces tiene sentido delimitar subjetivamente los sujetos que van a disfrutar de la protección que brinda la norma¹⁶⁵.

¹⁶³ En esta medida matizaríamos la opinión de LIEB ("Grundfragen einer Schuldrechtsreform" AcP 183 (1983) p 355) que nos parece excesivamente contundente cuando niega cualquier utilidad a la noción de consumidor como delimitadora del ámbito de aplicación de normas protectoras. La relación empresario/consumidor es una relación típicamente desigual y por ello no absolutamente despreciable para este fin.

¹⁶⁴ Crítica que ya había realizado A. BERCOVITZ (3 EC (1984) pp 11-12 y antes de la promulgación de la LCU en "La protección de los consumidores en el Derecho español" recogido en Estudios pp 70-71.) señalando las dificultades sistemáticas que provoca.

¹⁶⁵ Y es también, el criterio material el que debe decidir la competencia normativa del Estado o de las comunidades autónomas respecto a las diferentes cuestiones. Con ello, pretendemos afirmar que la simple asunción por una comunidad autónoma de competencias en materia de protección de los consumidores no le habilita para dictar normas sobre responsabilidad del fabricante, condiciones generales, publicidad o crédito al consumo.

c) Es en este momento en el que la noción de consumidor puede ser un criterio útil y practicable para delimitar el ámbito de aplicación de normas protectoras, en cuanto la misma responde a una realidad social como es el desequilibrio (típico) en las relaciones de mercado entre empresarios y consumidores en el sentido legal.

No parece aceptable negar dicha utilidad afirmando que con la protección del consumidor se está haciendo referencia a la protección de "cualquiera"¹⁶⁶ porque como se ha demostrado, las necesidades de protección respecto a una misma situación son distintas en las relaciones entre particulares, entre empresarios, y entre empresarios y consumidores¹⁶⁷. Ahora bien, la

¹⁶⁶ Así M. LIEB AcP 183 (1983) p 348ss. También hace una valoración muy crítica de la noción de consumidor entre nosotros J. BERMEJO "Aspectos jurídicos de la protección del consumidor" Revista de Administración Pública 87 (1978) pp 251ss: "homogeneizar a las distintas categorías de consumidores en una sólo forzada figura resulta vana y, hasta cierto punto, tendenciosa pretensión" (p 252) "...no existe un sujeto de Derecho que se denomine consumidor. Este puede ser un comprador, arrendatario, usuario, derechohabiente, prestatario, cuentacorrentista, turista, espectador etc. es decir, cualquier persona que interviene en relaciones jurídicas situado en la posición de demanda en un hipotético y convencional vínculo con la oferta" (p 258-59). La crítica resulta, en nuestra opinión, excesiva porque como creemos haber demostrado, la noción tiene utilidad para delimitar determinadas situaciones en las que se observa un déficit de protección (lo que el propio Bermejo admite vid. p. 263). A pesar de la existencia de una definición específica en la regulación de cada uno de estos problemas, conviene elaborar una definición genérica que permita resolver los casos dudosos. Por lo demás ni siquiera la amplísima definición que propone este autor es completa, puesto que no incluye aquellos casos en los que el consumidor es el oferente, como ocurre con la venta de vehículos usados o en determinadas operaciones bancarias.

¹⁶⁷ Por ello no nos parecía adecuado tampoco la delimitación del ámbito de aplicación utilizado en el Proyecto de ley de publicidad (BOCG 26.11.1987) cuyo art. 2 define la publicidad como "toda forma de comunicación realizada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial artesanal, profesional o particular con el fin de promover...la contratación de

noción de consumidor, como criterio subjetivo es sólo un criterio secundario. Sería erróneo asociar a la posición de consumidor una necesidad de protección genérica y exclusiva sin atender a la situación concreta¹⁶⁸.

IV. La delimitación del ámbito subjetivo de aplicación en la legislación de control de las condiciones generales.

1. Aquellos ordenamientos que han establecido una regulación de control de las condiciones generales someten a control tanto las utilizadas en el tráfico entre empresarios como las utilizadas frente a consumidores, como asimismo ocurre con el derecho proyectado en nuestro país.

En efecto, tanto la legislación alemana (AGB-Gesetz de 1977) como la portuguesa (Decreto/ley 446/85 de 25 de oct. sobre Clausulas contractuais gerais -arts. 16 y 20-), la austriaca (§ 879 III ABGB y Konsumentenschutzgesetz 1979) y el Anteproyecto de ley de 1988 (art. 26 en relación con el 8) declaran ineficaces las condiciones generales contrarias a la buena fe o a las buenas costumbres sin que para ello

bienes o servicios..." que incluía también la publicidad realizada por particulares (anuncios por palabras). A nuestro juicio, en estas relaciones entre particulares la necesidad de protección del destinatario de la publicidad es mucho menor (el contrato se celebrará posteriormente con el mismo sujeto que ha hecho la publicidad, con lo que si ésta es engañosa el cliente descubrirá el engaño antes de contratar. Respecto al contrato en sí, en este tipo de relaciones deben bastar las normas tradicionales) y sobre todo, la regulación que posteriormente la ley establece no se adapta en absoluto a este tipo de publicidad. En efecto, por ejemplo, la acción de cesación consagrada en el art. 26 del proyecto tiene sentido sólo cuando se realiza una campaña publicitaria que se prolonga en el tiempo, no cuando se publica un anuncio una sola vez. Afortunadamente, el art. 2 de la redacción definitiva de la ley no incluye ya el término "particular".

¹⁶⁸ G. HÖNN Kompensation gestörter Vertragsparität Munich 1982 pp 307-308.

haya de atenderse al carácter de consumidor del adherente¹⁶⁹.

No obstante, todas ellas contienen normas específicas añadidas para el supuesto de que las condiciones generales se utilicen fuera del tráfico mercantil. La LCU supone, como decíamos al principio, un caso único en el Derecho comparado en cuanto los empresarios no resultan protegidos frente al empleo de condiciones generales cuando se contiene en el ordenamiento una regulación de control de las mismas.

2. La cuestión acerca de si, frente a las condiciones generales, deben resultar protegidos los empresarios y -en caso afirmativo- en qué medida están justificadas las diferencias de trato para unos y otros adherentes, sólo está bien planteada cuando previamente hemos seleccionado como situación material en la que se detecta una necesidad de protección la contratación

¹⁶⁹ Respecto a Austria debe hacerse la salvedad de si bien sustancialmente la situación es idéntica a la de los demás países, formalmente la regulación se ha introducido mediante una modificación del Código Civil con valor general para consumidores y empresarios y una ley de consumidores específica que no sólo prohíbe cláusulas de condiciones generales sino que declara la ineficacia de otras cláusulas con independencia de que se trate de condiciones generales o cláusulas particulares. Vid al respecto B. ECCHER "Sulla legge austriaca per la tutela dei consumatori" Riv. Dir. Civ. 1980 I pp 275-291. La ley portuguesa recoge en sus arts 18 y 19 una lista de cláusulas prohibidas en condiciones generales utilizadas entre empresarios y los arts. 20-22 añaden otra serie de cláusulas que están prohibidas en las relaciones entre empresarios consumidores o para las relaciones entre particulares. La ley alemana y el AP español excluyen la aplicación de la lista "negra" o "gris" de cláusulas prohibidas a las relaciones entre empresarios.

sobre la base de condiciones generales. De esta necesidad ya nos ocupamos ampliamente en el capítulo anterior. Ahora se trata de examinar la utilidad de la noción de consumidor dentro de este ámbito para delimitar total o parcialmente el ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales. Esta cuestión fue objeto de una viva polémica en Alemania con ocasión de la promulgación de la AGB-Gesetz y por ello resulta de gran utilidad en este punto detenerse brevemente sobre la misma.

3. La jurisprudencia anterior a la AGB-G no había distinguido entre consumidores y empresarios a la hora de someter a control las condiciones generales¹⁷⁰. En los años setenta, al iniciarse el proceso de discusión de la futura ley de condiciones generales, y como consecuencia del auge "consumerista" la misma se plantea como una ley de protección de los consumidores finales frente a las condiciones generales¹⁷¹. En 1974, el congreso anual de los juristas alemanes discute el tema y merced sobre todo a la propuesta de Ulmer, incluye entre sus acuerdos uno por el que se pronuncia a favor de una ley de condiciones generales que incluyera también las relaciones entre empresarios¹⁷².

Los argumentos en contra de la inclusión de los empresarios en el ámbito de aplicación de la norma se pueden resumir afirmando que los empresarios no están

¹⁷⁰ Vid. para esto y lo siguiente detall. B.SCHMIDT-TEDD Kaufmann und Verbraucherschutz in der EG. Francfort del Meno 1987 pp 53 ss, esp 55-57. Más referencias en ULMER Einleitung nº 12-14 y 20.

¹⁷¹ Así el tema del Deutsche Juristentag era "¿Qué medidas legislativas son recomendables para proteger a los consumidores finales frente a las condiciones generales y a los contratos-formulario?"

¹⁷² Vid más det. SCHMIDT-TEDD Kaufmann pp 58-62 esp. p 59.

necesitados de protección¹⁷³. A diferencia de los consumidores, los empresarios no son contratantes de tiempo libre y disponen de mayor información y organización y sobre todo están más motivados para negociar las cláusulas del contrato. Así mientras los consumidores estarían en una situación de inferioridad intelectual y económica, los empresarios sólo estarían en una situación de inferioridad económica¹⁷⁴ y no necesitarían de una protección abstracta sino puntual¹⁷⁵.

Si bien puede admitirse que las necesidades de protección sean mayores en el caso de los consumidores, no parece que ello justifique en modo alguno que los empresarios no merezcan protección frente al empleo de condiciones generales. El "mercado entre empresarios" tampoco controla las condiciones generales, como lo prueba el hecho de que alguno de los contratos donde se emplean con más frecuencia condiciones generales son contratos celebrados exclusivamente entre empresarios y los mismos se hallan plagados de cláusulas abusivas. Piénsese sólo en los contratos de concesión, franchising o leasing. Y es que el control del contenido

¹⁷³ Vid. más det. SCHMIDT-TEDD Kaufmann p 62. En realidad se temía que ampliando el ámbito subjetivo de aplicación a las relaciones entre empresarios se produjera un "relajamiento" de la protección en perjuicio de los consumidores. Tal rebaja en el nivel de protección, sin embargo, no se ha producido. Vid. P. ULMER "10 años de la ley alemana de condiciones generales" ADC (1988) pp 766-768.

¹⁷⁴ RAISER JZ 1958 p 7.

¹⁷⁵ Así N. REICH Mercado y Derecho p 169.

de las condiciones generales utilizadas en el tráfico empresarial esta justificado precisamente porque como hemos señalado, el control se justifica porque el empleo de las mismas lleva asociado por sí sólo riesgos para el adherente. Riesgos derivados de los defectos de información asociados a la utilización de condiciones generales, y no de la diferencia de poder económico. De acuerdo con lo que se dijo sobre la función y naturaleza de las condiciones generales, el predisponente, al configurar el contenido del contrato, actúa sin control del mercado. Es esta superioridad funcional que supone el empleo de condiciones generales lo que justifica el control y no la diferencia de poder económico entre los contratantes¹⁷⁶.

4. La opción legislativa alemana se ha revelado, diez años después, como acertada¹⁷⁷, merece por ello un juicio favorable la opción del AP de 1988 que prevé un ámbito de aplicación general.

La tendencia que se observa en los trabajos preparativos de una Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas viene marcada por la influencia francesa que como señalamos al comienzo de este capítulo supone proteger exclusivamente a los consumidores y con independencia de que se trate de condiciones generales o

¹⁷⁶ P. ULMER "Schutz vor unbilligen AGB als Aufgabe eines speziellen Verbraucherrechts oder des Allgemeinen Zivilrechts. Zu Reichs Beitrag" ZVP/JCP (Journal of Consumer Policy) 1978 p 249. También a favor de incluir a los empresarios en el ámbito de aplicación de la legislación de control, entre nosotros DE CASTRO ADC 1982, pp 1077 y 1080.

¹⁷⁷ Vid P. ULMER ADC 1988 p 766-768; HEINRICHS en HEINRICHS/LÖWE/ULMER 10 Jahre AGB-Gesetz Heidelberg 1987 p 30; BUNTE NJW 1987, P 923.

de acuerdos individuales¹⁷⁸. Dicha tendencia, que esperamos sea modificada en el curso de los trabajos preparatorios, de prosperar no impediría en absoluto la puesta en vigor del AP de ley de condiciones generales. Habría simplemente que añadir una disposición en la ley de consumidores señalando la aplicación de la ley también a las condiciones particulares cuando el adherente sea un consumidor. En cualquier caso, lo que no impediría dicha normativa es someter a control las condiciones generales utilizadas frente a un empresario.

5. Al exponer las normas de Derecho comparado hemos señalado que todas ellas tiene un ámbito de aplicación general pero que todas ellas también añaden normas específicas para el caso de que el adherente no sea un empresario o sea un consumidor. Dicha diferencia de trato puede estar justificada por dos razones. En primer lugar porque la necesidad de protección es mayor en las relaciones entre empresarios y consumidores que en las relaciones entre empresarios. En segundo lugar por las específicas necesidades del tráfico mercantil.

Ambas justificaciones se encuentran por ejemplo, en la Exp. de Motivos del AP de 1988. Así (3.1) "trata de ser una ley para todos los contratantes desde el consumidor final hasta el empresario -persona física o jurídica- y, en especial el pequeño y mediano empresario, en la medida en que sean acreedores de protección por las mismas razones que justifican la del consumidor¹⁷⁹. Más adelante (punto 3.1 3º párrafo) sea añade "Este criterio seguido en el presente AP no ha

¹⁷⁸ Vid una breve referencia a dichos trabajos en K. WAGNER-WIEDUWIT "Missbräuliche Klauseln und EG-Harmonisierung" Die Bank (1988) nº 2 pp 95-99.

¹⁷⁹ A nuestro juicio, sin embargo, la redacción no es del todo afortunada. En primer lugar, la referencia al pequeño y mediano empresario no tiene sentido cuando en el texto del AP dicha "especial" necesidad de protección no ha quedado reflejada en absoluto, amén de que sería impracticable, por lo que la declaración no pasa de ser mas que una referencia a la mens legislatoris pero no a la voluntas legis. En segundo lugar, la utilización del subjuntivo ("sean acreedores de protección") no es acertada. Como hemos visto, los empresarios son acreedores de protección en general.

supuesto, sin embargo, el desconocimiento de las peculiaridades del tráfico profesional entre comerciantes o empresarios".

La distinta protección se concreta en el Derecho comparado y en el AP en que la lista de cláusulas prohibidas sólo es aplicable a las relaciones entre empresarios y consumidores mientras que la cláusula general, es de aplicación general¹⁸⁰. Dicha diferencia puede atribuirse, en principio a cualquiera de las dos razones apuntadas, pero la experiencia alemana demuestra que las diferencias prácticas han sido muy escasas¹⁸¹. La justificación de la diferencia se basa en que las cláusulas prohibidas por la "lista negra" "no son siempre y necesariamente abusivas en contratos celebrados entre empresarios. Transferencias de riesgos que pueden aparecer como abusivas en relaciones con consumidores finales, pueden ser soportables en relaciones comerciales porque en este ámbito pueden ser compensadas por otro tipo de ventajas en conexión con

¹⁸⁰ En Derecho alemán, además, los requisitos de inclusión son más estrictos cuando el adherente no es un empresario. No así en el AP que no hace diferencia alguna en este punto.

¹⁸¹ Vid por ej. S. BGH NJW 1984 p 1750 donde se afirma expresamente las cláusulas contenidas en la lista del § 11 AGB-G (cláusulas absolutamente prohibidas) tienen un efecto indicador de que las mismas cláusulas son abusivas cuando se utilizan frente a empresarios, salvo que "excepcionalmente" existan específicas razones contra la aplicación de las mismas entre empresarios. Vid. tb. BRANDNER en 10 Jahre p 50: "No parece ser lo esencial (respecto a la mayor o menor intensidad de la protección) la pertenencia o no al tráfico mercantil, sino la diferente sensibilidad de los intereses del predisponente dignos de protección en los diferentes ámbitos contractuales". Es decir, si el interés que el predisponente pretende salvaguardar con dicha cláusula es más o menos digno de reconocimiento, lo cual es diferente según que tipo de contrato esté en juego.

una pluralidad de contratos"¹⁸². Con ello se da un mayor espacio a la discrecionalidad judicial al no obligar al juez a declarar nula la cláusula irremisiblemente, cuando ésta se halle entre las de la lista.

6. Para decidir si la inaplicación de las listas de cláusulas prohibidas se debe a una mayor necesidad de protección de los consumidores o a las necesidades específicas del tráfico mercantil -entre ellas su menor necesidad de protección- conviene examinar los dos diferentes criterios utilizados en el Derecho comparado para delimitar la aplicación de dichas reglas especiales, problema que la discusión sobre el ámbito subjetivo de protección ha dejado al margen, y que a nuestro juicio es interesante analizar.

Para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación de algunas de las disposiciones legales se pueden utilizar dos criterios: puede señalarse negativamente que dichas disposiciones no se aplicarán a las relaciones entre empresarios¹⁸³ o bien puede establecerse positivamente que dichas normas se aplican sólo a las relaciones entre empresarios y consumidores¹⁸⁴. La diferencia no es

¹⁸² Exp. Mot. al proy. ley alemana § 12 (hoy § 24 AGB-G). "La regulación del ámbito de aplicación personal puede considerarse como un compromiso entre el objetivo de mantener la unidad del Derecho privado y la capacidad de adaptación del Derecho contractual a las necesidades del tráfico económico mercantil" (DIETLEIN/REBMANN AGB-Aktuell § 24.1).

¹⁸³ Así § 24 AGB-G; art. 27 AP.

¹⁸⁴ Así Kons.Sch.G austriaca §§ 1-2; art. 20 ley portuguesa.

baladí, al menos en todo caso. En efecto, la diferencia es irrelevante cuando se trate de relaciones en las que una de las partes es siempre un empresario (por ej. contratos bancarios, responsabilidad del fabricante). En estos supuestos, no cabe imaginar mas que dos tipos de relaciones, bien relaciones entre empresarios, bien relaciones entre empresarios y consumidores finales. Ahora bien, cuando se trata de relaciones en las que ambas partes pueden ser particulares, la elección de uno u otro tipo de definición es decisiva para incluir o no las relaciones entre particulares en el ámbito de aplicación de dichas normas.

7. Tal es el caso de las condiciones generales, aunque lo normal es que en los contratos celebrados conforme a condiciones generales una de las partes sea un empresario, no necesariamente ha de ocurrir así¹⁸⁵. Piénsese por ejemplo en los casos en que dos particulares acuden a un notario y éste dota de contenido al contrato utilizando un formulario contractual; o en el supuesto en que el arrendador utiliza un formulario contractual para regular el contrato de arrendamiento adquiriendo el formulario o copiándolo de un libro.

La elección de uno u otro criterio ha de ser conscientemente realizada en función de la finalidad de las normas "especiales". A nuestro juicio, desde el

¹⁸⁵ Vid. correctamente ROPPO Contratti standard pp 25-26.

punto de vista de la justificación del control y del "régimen especial". la utilización como criterio subjetivo de las "relaciones entre empresarios" es más acertado que el de las "relaciones con consumidores" en cuanto las distintas necesidades de protección y las especiales características que justifican dicho régimen especial se producen en las relaciones entre empresarios, esto es, en el tráfico mercantil. Es decir, no hay razón para flexibilizar la protección cuando ambas partes son particulares, puesto que dado que el fundamento del control estriba exclusivamente en la utilización de condiciones preformuladas, la posición y la actitud del adherente no empresario es idéntica tanto en el caso de que tenga en frente a un empresario como a otro particular.

Todo ello nos lleva a concluir que en el Derecho de las condiciones generales la noción de consumidor no es un criterio absolutamente adecuado ni para determinar el ámbito de aplicación general del control ni para establecer reglas específicas, para lo cual se revela mucho más adecuada la noción de empresario¹⁸⁶.

§ 13. PROBLEMAS COMUNES AL AMBITO DE APLICACION: POSIBILIDADES DE APLICACION ANALOGICA Y CARGA DE LA PRUEBA.

I. Posibilidades de aplicación analógica del control del contenido a las condiciones generales

¹⁸⁶ Vid. por todos BRANDNER § 24.2.

utilizadas frente a un no consumidor.

1. Hemos señalado que el control del contenido de las condiciones generales establecido por la LCU se aplica exclusivamente a aquellas que se utilizan frente a un consumidor. Según acabamos de ver, tal limitación no se justifica desde el punto de vista del fundamento del control, ya que la ausencia de control del mercado de las condiciones generales se produce de la misma forma en las empleadas frente a consumidores como en las empleadas frente a empresarios o profesionales. Por ello, parece conveniente ensayar otras vías que permitiesen aplicar el control del contenido también a éstas últimas.

Si, según tratamos de demostrar en el capítulo primero, el control del contenido de las condiciones generales es una necesidad inmanente a un sistema jurídico basado en la autonomía privada (y no una institución "excepcional"), constituye un desarrollo normativo conforme con el sistema, el someter también a control del contenido los contratos celebrados conforme a condiciones generales entre empresarios, y declarar la nulidad de aquellas que no puedan sustentar su validez en alguno de las fuentes del art. 1258 CC. De hecho, el Tribunal Supremo no ha tenido reparos en hablar de control abierto del contenido en dos sentencias recientes que se ocupaban precisamente de relaciones contractuales en las que ninguna de las dos partes era

consumidor¹⁸⁷.

Por tanto, las condiciones generales que pretendan apoyarse exclusivamente en la adhesión, empleadas frente a empresarios carecen igualmente de cualquier legitimidad por lo que deben considerarse nulas.

La consecuencia lógica e inmediata de tal conclusión parece ser prima facie la de negar, por tanto, relevancia a la noción de consumidor, en cuanto el control del contenido se aplicaría tanto a condiciones generales utilizadas frente a consumidores como a empresarios. Sin embargo, la noción de consumidor sigue siendo imprescindible, porque el Derecho de las condiciones generales no se limita a establecer un control del contenido, sino que impone, además determinados requisitos de inclusión y reglas especiales de interpretación. Lo único que se deriva necesariamente del fundamento de validez de las condiciones generales, es la necesidad de un control del contenido, pero en modo alguno la necesidad de normas de inclusión como las que recoge el art. 10.1 a) LCU. Por lo tanto, a nuestro juicio, a las condiciones generales utilizadas frente a empresarios les sería de aplicación la cláusula general de buena fe, pero no las cargas del art. 10.1 a) LCU. En cuanto a las reglas de interpretación, dado que se trata de principios admitidos ya en el Derecho civil general (regla de la prevalencia y regla contra proferentem), no existe inconveniente alguno para aplicarlas a todo tipo

¹⁸⁷ Vid las referencias de la jurisprudencia supra § 6.

de condiciones generales.

2. La segunda cuestión que se plantea en torno a las posibilidades de aplicación analógica de la ley hace referencia a su aplicabilidad a aquellos contratos en los que no se cumple, bien el requisito de la predisposición, bien el de la imposición. Por tanto, decidir si la aplicación analógica es posible, exigirá previamente determinar a cual de los dos elementos de la definición otorgamos el carácter de ratio decidendi para la realización del control de las condiciones generales. En definitiva, se trata de saber por qué se protege al adherente. ¿Se le protege porque son condiciones impuestas o porque son predispuestas?. Según la respuesta que se dé a esta cuestión, podremos decidir sobre la extensión de la aplicación de la ley a supuestos de contratos individuales impuestos¹⁸⁸ o a supuestos de contratos estandarizados en los que la incorporación de las condiciones generales no es imputable a ninguna de las partes, y por tanto, no puede hablarse de que haya existido imposición, mientras que para los que ponen el acento en la predisposición esta extensión parece más difícil de admitir mientras que consideran aplicable la ley a aquellos contratos redactados conforme a condiciones generales las cuales no han sido impuestas por una de las partes a la otra.

¹⁸⁸ Vid. en este sentido, sobre todo KRAMER ZHR 146(1982) pp 105-117; NICKLISCH BB (1974) p 948; WESTERMANN Gutachten p 25.

A nuestro juicio, el elemento más esencial para justificar el control es el de la predisposición. Ello no es difícil de justificar. Según lo expuesto en el capítulo primero, el control se justifica para proteger al adherente frente a los perjuicios y riesgos derivados del ejercicio unilateral del derecho a configurar el contenido de los contratos¹⁸⁹ y a estos efectos, el elemento más esencial parece ser la predisposición del contenido del contrato, ya que es ésta la que permite que no exista control de mercado y consecuentemente que no exista autodeterminación bilateral. De manera que la imposición, si bien está en la base de la regulación, ha quedado recogida en la ley en una de sus apariciones típicas, es decir, cuando las cláusulas contractuales se preparan con antelación para una pluralidad de contratos, porque como vimos en el capítulo anterior, el hecho de que una de las partes se pliegue a las condiciones contractuales impuestas por la otra, por sí misma, no significa que no haya existido autodeterminación.

Atender a la predisposición como criterio fundamental para delimitar el fenómeno de las condiciones generales es lógico también desde el punto de vista de lo que el mismo significa. Carece de sentido, en efecto, hablar de condiciones generales sin hacer referencia al carácter masificado de los contratos que conforme a las mismas se celebran. La intervención del legislador, con una normativa de alcance general, se justifica no porque exista "una regulación contractual (más o menos) injusta o vejatoria sino porque la misma se reproduce en una serie indefinida de situaciones jurídicas homogéneas"¹⁹⁰. El hecho de que las

¹⁸⁹ Doctrina mayor. en Alemania respecto a la ratio de la AGB-G. Vid. por todos ERMAN/HEFERMEHL § 1.2 y EITH NJW 1974 p 18.

¹⁹⁰ ROPPO Contratti standard p 103.

situaciones se repitan sólo es posible porque dicho resultado es perseguido por las empresas como objeto de una planificación de su actividad contractual, planificación que se expresa en el requisito de la predisposición.

II. Carga de la prueba

1. De acuerdo con las reglas generales, aquél que pretenda la aplicación de la ley deberá probar que se dan todos los presupuestos de la misma (art. 1214 CC). En primer lugar, que se trata de un consumidor, y que, por tanto, la otra parte actúa empresarialmente. Determinar si un sujeto actúa como consumidor en el caso concreto puede plantear dificultades. Así, ya se han descrito como supuestos dudosos el caso de operaciones pasivas de la banca, donde es el cliente el que presta dinero al banco¹⁹¹ que, a nuestro juicio, debe resolverse afirmando la cualidad de consumidor del cliente, o el caso de adquisición de bienes de "doble uso"¹⁹², etc. El problema será, naturalmente, determinar en cada caso, si la actuación del cliente ha sido con finalidad de satisfacer necesidades privadas.

Para eliminar estas dificultades, la legislación inglesa por ejemplo, exige que el cliente no se haya comportado como si estuviera actuando profesionalmente y que los bienes sean de los que normalmente se dedican al consumo privado (sect. 12-1 Unfair contracts terms act de 1977). Mas, a nuestro juicio, estas limitaciones responden a necesidades de seguridad jurídica y no son

¹⁹¹ Al respecto GARCIA-CRUCES RDBB N° 30 (1988) 266-267. En general, a favor de la respuesta positiva puede argumentarse con el art. 326. 4° C de C. Vid al respecto supra § 10.II.

¹⁹² Vid al respecto I. BROWN "Business and consumer contracts" JBL 1988 pp 385-397 esp. 392ss.

inherentes al concepto de consumidor. En la práctica los problemas para decidir si estamos ante una actuación con finalidad de consumo no son insolubles. En muchos contratos suele establecerse la finalidad de la adquisición (por ej. en los préstamos bancarios); en otros casos, el contrato es de un tipo que -por razones fiscales p. ej- sólo se celebra entre empresarios (leasing). De cualquier forma, y a diferencia de lo que establece la ley inglesa, nos parece que lo definitivo, a efectos de aplicación de las normas protectoras, será si efectivamente se actúa con finalidad de consumir de modo que en el caso de que el consumidor aparentase actuar empresarialmente, el empresario podría impugnar el contrato por dolo, o en su caso, por error, pero ello no impediría la aplicación de las normas protectoras. De admitirse la respuesta contraria, bastaría con que el empresario haga firmar al cliente que actúa con fines empresariales para que las normas de protección de los consumidores carecieran de aplicación. A los fines de este trabajo no es necesario un análisis más detallado¹⁹³. Determinar si el contratante sometido a las condiciones generales es un consumidor o no en el caso concreto será por tanto cuestión de prueba de la finalidad con la que realizó el contrato, prueba que como hemos dicho, no creemos que plantee excesivas dificultades. La prueba de la condición de consumidor corresponderá normalmente al cliente, en la medida en que alegue la aplicación de las normas protectoras. Para crear un principio de prueba bastará con que el objeto del contrato sea de los normalmente destinados al consumo privado o con que demuestre que en su vida laboral no realiza actividades empresariales etc. en segundo lugar, que se trata de condiciones generales, lo que significa probar que estamos ante cláusulas predispuestas y que, por último, han sido impuestas. De la prueba de la condición de consumidor nos hemos ocupado ya¹⁹⁴.

2. En cuanto a la prueba de que se trata de condiciones generales, deberá demostrarse que las cláusulas destinadas a formar parte del contrato reúnen los requisitos de la definición legal: predisposición, e imposición.

La prueba de la predisposición no tiene por qué plantear excesivos problemas. Cuando las condiciones

¹⁹³ Vid para ello BERCOVITZ 3 EC 1984 pp 7ss.

¹⁹⁴ Vid supra § 10.

generales se hayan recogido en un formulario impreso, su contenido puede considerarse prima facie como condiciones generales. En estos casos, puede admitirse la existencia de predisposición sobre la base de una presunción derivada de las reglas de la lógica. Consecuentemente, corresponderá al empresario la prueba de que a pesar de su carácter impreso las condiciones han sido redactadas para un contrato singular. En cuanto a la imposición, en estos casos, el hecho de que el formulario no haya sido modificado en el contrato concreto habla a favor de considerar que la incorporación de las condiciones al contrato es imputable exclusivamente al que utiliza el formulario, ya que, según hemos visto, no es necesaria la presencia de una presión específica sobre el adherente para considerar que las condiciones han sido impuestas.

A contrario la apariencia habla en contra de que se trate de condiciones generales cuando las cláusulas hayan sido redactadas a mano o a máquina o se han añadido al formulario original. En estos casos habrá que acudir a todas las circunstancias del caso para determinar si se trata de condiciones generales o acuerdos ad hoc¹⁹⁵.

Una vez que el consumidor ha probado que se trata de cláusulas predispuestas, y dado que, según se ha

¹⁹⁵ Vid, por ej. S AG Düsseldorf 26.9.1985 WM (1986) p 463: la cláusula añadida reproducía la que se encontraba en el formulario; S BGH 22.9.1987 BB (1988) pp 13-14, para probar que no se trataba de una condición general, se aportaron otros contratos del banco donde no se encontraba dicha cláusula.

señalado, la imposición puede deducirse de la no modificación de la cláusula respecto a la redacción contenida en el formulario, la prueba de que se trata de condiciones generales negociadas en el caso concreto corresponde al predisponente. Como ya se dijo, dicha prueba puede resultar muy difícil por lo que la doctrina propone a los predisponentes que describan en el contrato el proceso de negociación de la cláusula y por qué fue aceptada por el cliente sin modificación¹⁹⁶.

¹⁹⁶ KÖTZ MünchKomm § 1.21.

CAPITULO 3

LA INCLUSION DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO

SUMARIO

§ 12 FINALIDAD DE LOS REQUISITOS DE INCLUSION: FUNCION DE TRANSPARENCIA Y FUNCION DE PUBLICIDAD.

§ 13 LOS REQUISITOS DE INCLUSION EN EL MARCO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO.

- I El "acuerdo de inclusión"
- II Requisitos de inclusión y normas generales del Derecho de los contratos.
- III Naturaleza jurídica de los requisitos de inclusión.

§ 14 LOS REQUISITOS DE INCLUSION EN LA LCU.

- I Ambito de aplicación
- II Relación con las normas de interpretación y de control del contenido.
- III Análisis de los requisitos de inclusión en relación con las distintas formas de aparición de las condiciones generales.
- IV Los requisitos de inclusión en los supuestos de contratos habitualmente celebrados por escrito.
- V Los requisitos de inclusión en los contratos habitualmente perfeccionados oralmente.
- VI Requisitos comunes: legibilidad y comprensibilidad.

§ 15 LA REGLA DE LAS CLAUSULAS "SORPRENDENTES".

- I Introducción: el § 3 AGB-G y el art. 5 AP.
- II Cláusulas sorprendentes en el Derecho español.
- III Cláusulas insólitas, cláusulas inusuales y cláusulas sorprendentes.
- IV Relación con los restantes requisitos de inclusión.
- V Relación con las normas de interpretación.
- VI Relación con las normas de control del contenido.
- VII Ambito de aplicación.
- VIII Supuesto de hecho de la norma
- IX El "efecto sorpresa" y su eliminación.
- X La utilización de la regla en el ámbito del control abstracto.

§ 16 LA INCLUSION DE LAS CONDICIONES GENERALES AL CONTRATO EN LAS RELACIONES ENTRE EMPRESARIOS: UN SUPUESTO ESPECIFICO: LAS "GUERRAS DE FORMULARIOS".

- I Planteamiento del problema.
- II La existencia del contrato.
- III El contenido del contrato.

LA INCLUSION DE LAS CONDICIONES GENERALES EN EL CONTRATO

§ 12. FINALIDAD DE LOS REQUISITOS DE INCLUSION: FUNCION DE TRANSPARENCIA Y FUNCION DE PUBLICIDAD.

1. La LCU impone en su artículo 10. 1. a) como requisitos para que las condiciones generales se consideren incluidas en un contrato la

"concreción, claridad y sencillez en la redacción con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual"¹.

¹ De forma similar, el art. 4 AP establece:

"Las condiciones generales de la contratación deberán redactarse de forma clara y precisa. Siempre que sea posible, quien aplique las condiciones generales deberá proporcionar una información clara, veraz y suficiente de las mismas a la otra parte contratante, de manera que ésta pueda conocerlas usando una diligencia ordinaria. Para que las condiciones generales de la contratación se consideren incluidas en un contrato deberán figurar en su documento o acompañarse en un documento complementario. Deberá entregarse al interesado un ejemplar del contrato y, en su caso del documento complementario.

No obstante, cuando por las características del contrato la inclusión de las condiciones generales en su documento o en un documento complementario implicase grandes dificultades, deberá hacerse, en el momento de la perfección del contrato, expresa mención de ellas por quien las utilice.

En todo caso, la aceptación de las condiciones generales no prejuzgará su validez".

Sin perjuicio de referirnos posteriormente a los problemas que la redacción del mismo plantea, una valoración general del mismo -nos parece- ha de ser negativa. El precepto ha partido, correctamente, de la distinción entre contratos habitualmente celebrados por escrito y contratos habitualmente celebrados de forma oral (vid infra § 14.III) pero las cargas que se imponen al predisponente en uno y otro caso no parecen las más oportunas, en particular, en lo que hace a la necesidad de una referencia expresa (vid infra § 14.IV). El

Ordenando la redacción del precepto, los requisitos que del mismo se deducen son los siguientes:

a) En primer lugar, que las condiciones generales figuren en el documento contractual y que se entregue una copia de dicho documento al adherente, entendiendo por documento contractual aquél donde se recoge el consentimiento; o bien, que las condiciones generales figuren en otro texto o documento, que dicho documento se entregue al adherente, y además que se haga una referencia expresa al mismo en el documento contractual;

b) En segundo término, que las condiciones generales estén redactadas de forma legible y comprensible.

El establecimiento de los mencionados requisitos de inclusión se justifican desde la perspectiva del logro de dos objetivos distintos: transparencia y publicidad de las condiciones generales. Desde el punto de vista normativo-típico, el valor de dichas funciones de transparencia y publicidad no es, sin embargo, el mismo, como tendremos ocasión de comprobar inmediatamente .

a) En principio, la función de transparencia de los requisitos de inclusión se desarrolla tratando de dotar al cliente de la información necesaria en la fase de

requisito de la claridad aparece descolgado del resto (vid infra § 14.VI) planteando dudas sobre su normatividad. Por último, el párrafo cuarto carece de cualquier valor normativo, aunque puede que suponga un apoyo a las teorías no contractualistas.

celebración del contrato para que pueda adoptar una "decisión racional": bien para que opte entre contratar y no contratar bien para que una vez que se ha decidido a contratar pueda seleccionar racionalmente entre las distintas ofertas del mercado. Los requisitos de inclusión -al aproximar y simplificar la información al cliente- pretenden rebajar los costes de transacción y consiguientemente preparar el terreno para una más eficiente asignación de los recursos².

En este sentido puede decirse que la norma del art. 10.1 a) LCU responde a lo que acostumbra a denominarse control del consentimiento o control del procedimiento de formación del contrato³ y se enmarca en la tendencia del Derecho contractual de los últimos tiempos dirigida a formalizar la celebración de los contratos con finalidad protectora de la libertad de decisión negocial de los consumidores. Dicha evolución puede observarse en ámbitos como la normativa sobre el crédito al consumo o sobre el arbitraje⁴ o sobre los contratos celebrados en

² Vid en general, J.A. GOMEZ SEGADÉ "Notas sobre el derecho de información del consumidor" RJCat 1980 pp 699-724 esp. 708-710. Sobre las obligaciones de información en el ámbito específico del crédito al consumo vid. H. WESTERMANN y H. E. BRANDNER ambos en 153 ZHR (1989) pp 123ss y 147ss respectivamente.

³ ROPPO Contratti standard pp 164-173.

⁴ Vid. Directiva comunitaria sobre crédito al consumo de 22.12.1986 DOCE L 42 DE 12.2.1987, Ley de ventas a plazos arts. 5 y 6. y OO. MM. Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987 (BOE 5 marzo) y 16 de junio de 1988 (BOE 17 junio) que establecen obligaciones de información en los contratos bancarios; Vid. también arts. 5.1 y 6.1 de la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988 que exigen que las cláusulas correspondientes expresen "la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones surgidas... de relaciones jurídicas determinadas... a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión" (art. 5.1) y que dicho acuerdo conste por escrito (art. 6.1).

el domicilio del cliente⁵ y responde perfectamente a una de las funciones que corresponden al Derecho contractual en una economía de mercado: garantizar la existencia de los presupuestos que posibilitan al consumidor la adopción de una "decisión racional" a la hora de contratar. La existencia de tales presupuestos constituye la base de legitimación de la autonomía privada y de la no intervención del Estado en los acuerdos entre particulares⁶.

Dicho lo anterior, que en cierto modo refleja los buenos deseos del legislador hemos de apresurarnos a señalar que, no obstante la eficacia o funcionalidad de la función de transparencia resulta más que dudosa. En efecto, según hemos tenido ocasión de comprobar, en el caso de las condiciones generales, los mecanismos del

⁵ Vid. supra § 10.II; En general, sobre la influencia del llamado Derecho de los consumidores sobre la teoría general del contrato, resulta sugerente ROUHETTE "Droit de la consommation et theorie générale du contrat" en Etudes offertes à René Rodière Paris 1981, pp 247-272.

⁶ Vid. supra § 6.III. Una sugerente exposición del sentido del Derecho contractual desde una perspectiva neoliberal puede verse en R. EPSTEIN 18 Journal of law and economics (1975) pp 293-315. Esta función del Derecho privado ha sido destacada recientemente por CANARIS Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft Heidelberg (1983) pp 39-40: "En definitiva, la autonomía privada sólo puede seguir siendo funcional y estar viva si la libertad de decisión de sus titulares cuando llevan a cabo negocios jurídicos se garantiza no sólo formalmente, sino en la medida más amplia posible, también fácticamente. en la construcción de esta protección estriba una de las tareas más importantes del futuro del Derecho Privado general". En esta tendencia puede verse también la legislación sobre competencia desleal. Así el Proyecto de ley de competencia desleal reputa ilícito por desleal "todo abuso de la competencia que objetivamente contrarie las exigencias de la buena fe o ponga en peligro de manera significativa la libertad de decisión del consumidor (art. 5) y como un supuesto concreto "la oferta de cualquier clase de ventaja o prima para el caso de que se contrate la prestación principal se reputará desleal cuando induzca o pueda inducir al consumidor a error acerca del nivel de precios... o cuando le dificulte gravemente la apreciación del valor efectivo de la oferta o su comparación con ofertas alternativas.

mercado -que son los que quieren recuperarse facilitando la información- se revelan insuficientes para garantizar que los particulares actuarán racionalmente⁷. Como se ha afirmado acertadamente, las exigencias de información pasan a primer plano cuando puede suministrarse y recibirse sin costes excesivos, pero su valor es muy secundario cuando el coste de producirla o recibirla de modo discriminado supera a los beneficios que su utilización produciría. En efecto, como vimos al analizar económicamente las condiciones generales, el contenido de las mismas no actúa influyentemente en la decisión de contratar o no, ni en la elección del cocontratante, con lo que un sistema de regulación de las condiciones generales basado en normas de control del procedimiento de formación del contrato exclusivamente, está destinado al fracaso⁸, por eso

⁷ Vid HONDIUS Consumer contracts in the Netherlands p 69 señala que "se ha estimado que... advertir a los consumidores acerca de las condiciones de crédito no ha sido muy efectivo. Entonces ¿por qué el intento de advertir a los consumidores de otras condiciones mucho menos importantes ha de tener éxito?". En sentido parecido, respecto a la virtualidad práctica del § 2 AGB-G, SCHLOSSER § 2.26: "el legislador no ha esperado utópicamente que el consumidor final vaya a conocer realmente el contenido del contrato y a actuar motivado por el mismo en su decisión de contratar o no". Vid también, RAKOFF 96 Harvard L. Rev. (1983) p 1229 nota 192 "To be effective, 'disclosure' must not simply increase cognition; it must lead to alteration of ingrained institutional patterns of action".

⁸ El ejemplo más claro de este fracaso es el caso italiano. El Codice civile, como es sabido, establece en sus artículos 1341 y 1342, únicamente, normas de este tipo sin legitimar a los jueces para llevar a cabo un control del contenido. Así, las condiciones generales quedan incorporadas al contrato si el adherente las conoció o pudo conocerlas desplegando la diligencia ordinaria (art. 1341. 1) y las cláusulas onerosas han de ser especialmente aceptadas (art. 1341. 2 en relación

decimos que en gran parte, dichas normas responden a los buenos deseos del legislador*.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que las normas que imponen requisitos de forma no son inocuas: presentan el inconveniente fundamental de dificultar la celeridad en la celebración de los contratos¹⁰, función de racionalización que, precisamente, es la que justifica el empleo de condiciones generales. Si se imponen requisitos de transparencia excesivamente onerosos, se dificulta la consecución de uno de los efectos pretendidos con el empleo de condiciones generales, es decir, la aceleración y simplificación de la celebración de los contratos, sin que ello venga compensado por un contenido equilibrado de las mismas.

Por todo ello, resulta un tanto sorprendente que las legislaciones más recientes en materia de condiciones generales hayan seguido incluyendo—ciertamente al lado de normas de control del contenido—

con el 1342. 2). Sobre la insuficiencia de esta normativa está de acuerdo toda la doctrina italiana: vid. por todos ROPPO Contratti Standard pp 322-326 y GORLA "Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel Diritto italiano" Riv. Dir. Comm. 1963 p 127: "vi è stata una marea di liti, come spesso accade quando si tenta di risolvere problemi di questo genere con l'imporre un requisito di forma".

* Así, claramente en el Código civil italiano, en la ley alemana (WOLF § 2.1) y en el artículo 3 de la ley de contrato de seguro (SANCHEZ CALERO Comentarios al código de Comercio y legislación mercantil especial. Ley de contrato de seguro Madrid 1981 pp 65-66).

¹⁰ Vid críticamente respecto a estos inconvenientes ROPPO Contratti standard pp 322-324 quien correctamente señala en primer lugar, que no cualquier disposición de este tipo dificulta la celeridad del tráfico, porque pueden ser cumplidas con anterioridad a la fase de celebración (por ej. los requisitos de legibilidad y comprensibilidad), y en segundo lugar, que la protección de los contratantes débiles es un objetivo de política legislativa con el que ha de atemperarse el de la celeridad en el tráfico. De la crítica de Roppo, nos hacemos cargo en cuanto que aquí se parte de la inidoneidad de los requisitos de inclusión para cumplir la función de protección del adherente, por lo que su establecimiento ha de venir justificado por otros motivos dado el innegable efecto que sobre la celeridad en la celebración de contratos presenta.

normas de este tipo¹¹. Cuando ni aún introduciendo normas que crean transparencia el mercado funciona correctamente, la respuesta coherente del ordenamiento es la sustitución del mercado por una normativa acorde con los resultados que el mismo produciría de haber funcionado correctamente (control del contenido-normas sustitutivas del mercado). Puede decirse, por ello, que la función de transparencia no constituye el núcleo de la finalidad normativo-típica del art. 10.1 a) LCU. Representa más bien, una función periférica o marginal¹²

¹¹ Vid §§ 2 y 3 AGB-G; arts. 5 y 6 ley portuguesa de 1985 y art. 4 AP 1988. Debe recordarse sin embargo, que tanto la ley portuguesa como el anteproyecto español están fuertemente influenciados por la ley alemana, en cuya discusión la mayoría de la doctrina se oponía a que se estableciesen -como luego ocurrió- requisitos de inclusión. Vid por todos KÖTZ Munch.Komm. § 2.1. Especialmente crítico SCHMIDT-SALZER "Das Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB" NJW 1977 p 134: "eine systemfremde Regelung". Estas críticas han resultado en cierta medida corroboradas por la aplicación práctica del § 2 AGB-G. Así, ya en 1985 Schlosser hablaba de una pérdida de función de las reglas de inclusión (SCHLOSSER "Entwicklungstendenzen im Recht der AGB" ZIP 1985 p 456) lo que está justificado en cuanto que apenas existe jurisprudencia sobre dicho precepto (vid. más detalladamente ULMER "10 años de la ley alemana de condiciones generales" ADC 1988 p 771).

¹² El carácter marginal con que la función de transparencia ha quedado recogida en la ley se patentiza en que los requisitos establecidos en el art. 10.1 a) LCU no garantizan, en efecto, el conocimiento por parte del adherente del contenido y alcance de las condiciones generales con antelación suficiente como para que el mismo pueda influir en su decisión. Como señala SCHLOSSER (§ 2.26) si ésta fuera la voluntad del legislador debería haberse establecido que el predisponente vendría obligado a facilitar al adherente un ejemplar de las condiciones generales con la antelación suficiente como para que éste hubiera podido estudiarlas en detalle. El art. 10.1 a) LCU permite que las condiciones generales se entreguen "simultáneamente a la celebración del contrato" (contra aparentemente al menos, R. BERCOVITZ Estudios p 197). Esta opción se explica por los efectos perturbadores para la celeridad en la contratación que, según hemos visto, podría tener

En esta medida más modesta, las normas de control de la inclusión se justifican como un último intento de preservar la autonomía privada. El reconocimiento de la autonomía privada por el Estado significa fundamentalmente la preferibilidad de los mecanismos de control del mercado sobre la intervención imperativa del Estado, mecanismos aquellos que se basan en la voluntariedad de la actuación de los individuos. Por lo tanto, las normas de inclusión, en la medida en que elevan la transparencia de las condiciones generales pueden contribuir, en alguna medida, a elevar el grado de autodeterminación de los particulares. Estas consideraciones deben ser de interés a los efectos de aplicar las normas de control del contenido, negando dicha aplicación cuando el nivel de transparencia respecto a condiciones generales concretas logrado gracias a este tipo de normas, pueda considerarse suficiente como para afirmar que el mercado esta actuando en su función de control¹³, porque en función de la situación competencial del mercado, la mayor información de los clientes sobre determinadas condiciones generales vía publicidad, contribuya a la mejora de las mismas. En estos casos, en realidad, el cliente habría actuado autodeterminándose con lo que no se hubieran dado los presupuestos de los que parte el

la información anticipada.

¹³ Vid BASEDOW Contratti e impresa 2(1985) p 450. O en otros términos, que sea suficiente para legitimar desde la autonomía privada la validez de las condiciones generales. El ejemplo clásico son las garantías en el mercado automovilístico.

Derecho de las condiciones generales.

b) Si la función de transparencia es marginal o periférica, entonces habría que asignarle el puesto central o nuclear dentro de la finalidad normativo-típica a la llamada función de publicidad. Desde esta perspectiva funcional, los requisitos de inclusión tendrían como objetivo "dar al adherente la posibilidad de tener a su disposición el texto de las condiciones generales para su orientación sin dificultades durante la vida del contrato¹⁴. De esta forma, el adherente puede reaccionar tempestivamente frente al incumplimiento del predisponente y evitar conductas por su parte que generen consecuencias perjudiciales.

De modo parecido a la LCU el art. 3 LCS obliga al asegurador a entregar una copia de las condiciones generales que habrán de estar redactadas de forma clara y precisa. Dichos requisitos -se ha dicho autorizadamente- "facilitan el comportamiento del asegurado, y lo que es más importante, su conocimiento de las previsiones que han de derivarse de los hechos que se produzcan durante la vigencia del contrato¹⁵.

En este sentido, la función de estos requisitos

¹⁴ SCHLOSSER § 2.26; PFLUG Kontrakt pp 319-320; WITTE Inhaltskontrolle p 227; NIEDENFÜHR Informationsgebote im AGB-Gesetz p 39. Esta función ha sido denominada en algún caso como función de seguridad contractual (vid. F. AMOROS DORDA Cuadernos de Derecho y Comercio nº 2 (1987) pp 140-141).

¹⁵ SANCHEZ CALERO Comentarios p 65. Igualmente, el art. 5 de la ley de ventas a plazos puede enmarcarse en esta función cuando establece como requisito para la validez del contrato que éste conste por escrito en tantos ejemplares como partes, requisito que según la doctrina, "pretende garantizar una información completa a cada una de las partes para que éstas puedan saber en cualquier momento los derechos y obligaciones de que son titulares en virtud del contrato celebrado" R. BERCOVITZ Comentarios. Madrid, 1977 p 155.

sería idéntica a la que tiene la publicación de las normas jurídicas: legitimar la presunción de conocimiento de las mismas, y por tanto, la posibilidad de que los particulares adapten su conducta a ellas¹⁶. Lo cual es particularmente importante porque -al integrarse en el contrato las condiciones generales vía art. 1258 sólo de esta manera se asegura la posibilidad de conocimiento.

Cabría pensar que es muy discutible que los requisitos de inclusión garanticen dichos resultados en mayor medida que garantizan la transparencia de las condiciones generales. Las mismas razones que nos llevaban a considerar racional el que los consumidores renunciassen a examinar ex ante el contenido de las condiciones generales y seleccionar entre las ofertas existentes en el mercado podrían aducirse ahora. El hecho de que el cliente posea un ejemplar de las condiciones generales no garantiza en absoluto que las vaya a conocer con anterioridad al momento en que se produzca el hecho previsto en las mismas que puede tener consecuencias desfavorables para él (es decir, tras la celebración del contrato pero antes de que se produzca el hecho). Puede ocurrir que los costes asociados a la obtención de dicha información superen los eventuales beneficios porque el riesgo de que acontezca el hecho generador de las consecuencias perjudiciales sea muy pequeño. En esos casos, la forma más barata para el cliente de obtener dicha información sería probablemente la "experiencia", es decir, esperar al comportamiento de la empresa una vez producido el hecho¹⁷. Ahora bien, este no es, en rigor el problema. La función de publicidad lo que trata es de asegurar es que, una vez producida una contingencia, el cliente puede saber a qué atenerse y cómo programar su conducta. Sucede lo mismo que con la publicación de las normas jurídicas. Tanto en el caso de las condiciones generales, como en el de las normas jurídicas, la función que realmente cumple la publicación es la de determinar la regulación aplicable al contrato cuando entra en vigor y en las distintas vicisitudes de su vida.

¹⁶ Vid. BERMEJO VERA La publicación de la norma jurídica Madrid 1977 pp 44-45.

¹⁷ Vid. en particular sobre los "goods of experience" NELSON Journal of political Economy 1970 p 312.

2. A poco que se examinen los requisitos concretos, se verá que los mismos responden a ambas funciones. El primer requisito que establece el 10.1 a) -la entrega del documento que contenga las condiciones generales- trata de garantizar por un lado, que el cliente sepa que el contrato se rige por condiciones generales y por otro, el acceso físico a las mismas^{1*}; el segundo requisito -legibilidad y comprensibilidad- garantiza la posibilidad del acceso "intelectual", esto es, la posibilidad de comprender el contenido y alcance de las condiciones generales^{1*}. Ambos requisitos, por tanto, pueden explicarse tanto si entendemos que la ratio de la norma es sobre todo garantizar al adherente la posibilidad de orientarse durante la vida del contrato, como si entendemos que tratan de influir sobre la decisión de contratar o no del cliente.

También puede explicarse conforme a ambas funciones el hecho de que la LCU exija que la entrega de las condiciones generales se haga "previa o simultáneamente" a la celebración del contrato. Desde el punto de vista de la función de transparencia no cabe duda de ello, y desde la función de publicidad en cuanto que normalmente el adherente termina sus contactos personales con el predisponente una vez que celebrado el contrato, por lo que parece lógico que la información sobre el mismo esté disponible en ese momento.

^{1*} Vid. de forma similar el art. 4 parr. 2 AP para los contratos celebrados habitualmente por escrito y el parr. 3 para los contratos de la vida diaria.

^{1*} Vid. art. 4 parr. 1 AP: redacción clara y precisa e información "clara, veraz y suficiente de las mismas a la otra parte... de manera que ... pueda conocerlas usando una diligencia ordinaria".

§ 13. LOS REQUISITOS DE INCLUSION EN EL MARCO DE LA CELEBRACION DEL CONTRATO.

I. El acuerdo de inclusión.

El mal llamado "acuerdo de inclusión" de las condiciones generales en el contrato concreto no necesita de un negocio jurídico específico^{2º}. Lo normal

^{2º} Doctrina unánime. Vid por todos KÖTZ Munch.komm § 2.4. Es cuando menos impreciso, hablar de un "acuerdo de inclusión" como algo siquiera abstractamente diferenciado del consentimiento contractual, salvo que las partes celebren un contrato modificativo del contrato principal por el que introduzcan unas condiciones generales en el mismo. Así, por ej. SCHROEDER (Einbeziehung pp 11, 20 etc) utiliza el concepto de "acuerdo" o "declaración" de inclusión para referirse al consentimiento de ambas partes respecto a la validez de las condiciones generales. A nuestro juicio, la cuestión queda formalmente mejor planteado si nos preguntamos si el consentimiento contractual abarca o no las condiciones generales. (Así, KÖTZ Munch.komm § 2.4: "Vielmehr bildet die Geltungsvereinbarung einen Teil der auf das Zustandekommen des Vertrages gerichteten Erklärung des Kunden, mit der gleichzeitig sowohl die individuell ausgehandelten wie die 'gestellten' Vertragsbedingungen zum Vertragsinhalt gemacht werden". En el mismo sentido v. tb. K.W. CANARIS Vertrauenshaftung p 215). Debe hacerse la salvedad de que cuando hablamos de si el consentimiento abarca las condiciones generales, lo hacemos en el sentido del cumplimiento de los requisitos de inclusión, no en el sentido de que exista consentimiento respecto a las mismas. La exigencia expresa recogida en la ley alemana (§ 2) de que el adherente "esté de acuerdo con la validez" de las condiciones generales como un requisito específico, se explica perfectamente por razones domésticas. El legislador pretendía reaccionar con ello frente a una jurisprudencia que había admitido la oponibilidad de las condiciones generales al adherente aún cuando el predisponente no se hubiera referido a las mismas durante la negociación del contrato ni el adherente las hubiera conocido o aceptado siempre que se tratase de condiciones generales usuales en el sector del tráfico en cuestión y el adherente hubiera debido saber (wissen-müssen) que el predisponente utilizaba condiciones generales (vid Exp. de Motivos ley alemana § 2).

es que la declaración de voluntad del predisponente dirigida a la celebración del contrato incluya las condiciones generales como parte de su oferta (o contraoferta) y que la aceptación contractual del adherente abarque como un todo el contenido del contrato incluyendo las condiciones generales, sin que sea necesaria una "doble firma". Con ello no se está afirmando que la adhesión al contrato legitime de forma suficiente la validez de las condiciones generales²¹, puesto que tal adhesión, como señalamos en el capítulo primero, no tiene el valor de consentimiento como acto de autonomía privada, y por lo tanto, no puede considerarse como fundamento suficiente en el sentido del art. 1261 CC de la vinculabilidad de las condiciones generales²².

²¹ Vid. expresivamente el art. 4 parr. 4 AP: "En todo caso, la aceptación de las condiciones generales no prejuzgará su validez".

²² Vid E. SCHMIDT JuS (1987) p 932. El acuerdo de inclusión "pone de manifiesto únicamente la aceptación global (del adherente) de la competencia para estandarizar del predisponente"; en el mismo sentido MERTENS AG (1982) p 39; contra la doctrina mayoritaria en Alemania tb. que entiende que el acuerdo de inclusión que exige el § 2 AGB-G es una aceptación negocial en el sentido de consentimiento. Vid. por todos ULMER § 2. 61: el acuerdo del cliente expresa el "Willens-übereinstimmung des anderen Teils". Una posición intermedia, hablando de "autonomía privada disminuida" mantiene SCHULER Geltung und Grenzen p 59ss: el adherente no "consiente" las condiciones generales, sino que éstas valgan. (p 65). Esta postura es igualmente inadmisibles. Efectivamente, puede afirmarse que el adherente consiente que valgan las condiciones generales, pero dicha actuación no puede considerarse consentimiento, y por tanto no un "acto de voluntad" en la terminología tradicional ya que, según hemos visto no le cabe otra alternativa que renunciar a celebrar el contrato, de aquí que el propio autor tenga que admitir que la conexión con la autonomía privada de la adhesión es "muy débil" (SCHULER ibidem p 143). En realidad, tal

En lo que hace a los contratos de seguro, debe recordarse que el art. 3 de la LCS exige que las condiciones generales figuren en la proposición de seguro y en la póliza o en "un documento complementario que se suscribirá por el asegurado y al que se entregará copia del mismo". La redacción del precepto es ambigua porque no aclara si la suscripción va referida a la póliza o al documento o a ambos. Parece que el requisito de la entrega y de la suscripción van referidos al documento complementario, porque, inmediatamente, el art. 5º de la propia ley exige que el asegurador entregue la póliza. Así pues, haría falta una "doble firma" en el supuesto en el que las condiciones generales no se encuentren recogidas en la propia póliza sino en un documento complementario. La norma es de una oportunidad dudosa. ¿Significa que si las condiciones generales, como es habitual, se encuentran recogidas en un folleto que se facilita al asegurado junto con una copia del contrato en el que se hace una referencia a dicho folleto, para que las condiciones generales queden incluidas en el contrato es necesario que el asegurado firme también el folleto?. La cuestión no es meramente teórica. Así, la jurisprudencia viene negando sistemáticamente la aplicación de las cláusulas de exclusión de riesgo alegando que las condiciones generales no estaban firmadas aunque el asegurado aceptara la incorporación de las condiciones mediante una cláusula de remisión²³.

II. Requisitos de inclusión y reglas generales del

conexión no existe.

²³ SSTTSS 26.12.1986 (Ar 7996), 6.4.1988 (Ar 2737), 15.4.88 (Ar 2777), 26.4.88 (Ar 2877) entre otras. Sólo en el vol III del Rep. Aranzadi de 1988 se citan 11 sentencias del Supremo que sistemáticamente niegan la inclusión de cláusulas limitativas de la responsabilidad por no venir suscritas específicamente por el tomador del seguro. Realmente no entendemos la actuación de las Compañías de seguro en este punto. En todo caso, las decisiones del Supremo -fundadas en la idea de proteger a las víctimas- tratan de resolver por medios formales un problema de fondo. Al hacerlo así, la solución del Supremo no puede durar mucho. Las empresas se asegurarán de que el tomador ha firmado específicamente las cláusulas de exención de responsabilidad, con lo que el TS no podrá dejar de considerarlas incorporadas al contrato. En ese momento, el tribunal tendrá que resolver el problema de fondo que no es otro que el de la oponibilidad al tercero perjudicado de las exclusiones de responsabilidad contenidas en el contrato (art. 76 LCS).

Derecho de los contratos.

1. Los requisitos de inclusión derogan las reglas del Derecho contractual general en varios aspectos. Prescindiendo de los relativos a la forma (sobre los que volveremos) interesa destacar los siguientes:

a) En primer lugar, los requisitos de inclusión limitan las posibilidades de interpretación de las declaraciones de las partes respecto a la incorporación de las condiciones generales al contrato. La consecución del efecto jurídico perseguido -la incorporación de las condiciones generales- sólo puede lograrla el predisponente cumpliendo con los requisitos de inclusión, de forma que resulta irrelevante, tanto el hecho de que manifieste expresamente su voluntad de incluir las condiciones generales en el contrato como que tal voluntad pudiese deducirse interpretando la declaración (art. 1287 CC)²⁴. Lo propio cabe decir de la declaración del adherente. Al manifestar su consentimiento contractual, éste se entenderá extendido a las condiciones generales en la medida en que el predisponente haya cumplido con los requisitos de inclusión, y se considerará limitado a los acuerdos individuales si tales requisitos no se han cumplido, con independencia de pudiera considerarse aplicando las reglas propias de los contratos individuales, que ha

²⁴ Según el 10.1 a) LCU, no es necesario sin embargo, que el predisponente manifieste expresamente su voluntad de incluir las condiciones generales cuando las mismas figuren en el texto del contrato.

aceptado las condiciones generales bien expresa, bien tácitamente, dejando a salvo, obviamente los supuestos en los que la alegación de la no incorporación de las condiciones generales por parte del adherente que las aceptó expresamente suponga un ejercicio de un derecho contrario a la buena fe.

b) Los requisitos de inclusión excluyen además, la posibilidad de una incorporación por referencia, salvo que las cláusulas incorporadas se faciliten en la celebración del contrato y se haga una referencia expresa al documento que las contiene en el texto del contrato.

c) El requisito de la claridad y concreción excluye la aplicación de los artículos 1283 CC ss en la medida en que la excesiva generalidad de los términos de una cláusula de condiciones generales contradice el principio de concreción y por tanto impide que la cláusula quede incluida en el contrato, y el art. 1289 CC en cuanto las cláusulas incomprensibles no han de ser ya interpretadas "a favor de la mayor reciprocidad de intereses" sino que, simplemente, habrán de considerarse ineficaces (art. 10.4 I LCU).

d) No juega la presunción de que la firma de un documento supone consentir lo firmado.

La regla "el que firma se obliga" (signing is binding)²⁵ puede considerarse en "vigor" en casi todos

²⁵ Vid para lo siguiente RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) pp 1188 ss.

los ordenamientos occidentales²⁶ y podemos encontrarla formulada perfectamente en Von Tuhr²⁷:

"...al estamparse (la firma)... lo escrito encima cobra el carácter de una declaración de voluntad del firmante sin que para ello sea necesario que conociera ni tuviese por qué conocer el contenido del documento. Todo el que firma un documento aún sin haberlo leído hace suya la declaración formulada en el texto".

Esta regla constituye una formalización del consentimiento. Como tal, evita la necesidad de comprobar caso por caso si ha habido consentimiento examinando únicamente la veracidad de la firma. Estas formalizaciones se explican bien si analizamos el negocio jurídico considerado como un acto de comunicación²⁸. Las partes, según dispone el art. 1262 CC deben comunicar su consentimiento a dicha regulación o composición de intereses. Sólo cuando dicha comunicación tiene éxito (se produce el acuerdo) se desatan los efectos previstos: las partes quedan vinculadas. Para decidir cuando el acto de comunicación ha conseguido sus objetivos, el Derecho recurre bien a un significado especialmente atribuido por el legislador, bien al significado que la sociedad atribuye a la actuación llevada a cabo y salvo que las partes hubieran dejado claro de común acuerdo (o una de las partes de manera reconocible para la otra) que querían decir otra cosa. En otro caso, interpretará la conducta de las partes de acuerdo con el significado que convencionalmente le atribuyen los que utilizan dicho sistema de comunicación (cfr. art. 1281 CC). Las actuaciones de los particulares tienen, por tanto, el carácter de signos. Cuando por su extensión y uniformidad, un signo se generaliza, la atribución de significado al mismo se realiza de forma automática sin que haya que averiguar caso por caso si el emisor pretendía transmitir ese mensaje u otro. Esta formalización beneficia a todo el sistema. A los emisores porque disponen de un medio reconocido generalmente de transmitir su mensaje, y a los receptores porque no necesitan realizar mayores

²⁶ Vid. para nuestro país, por ej. STS 11.5.1985 (Ar. 5512) que afirma textualmente "dicho contrato no aparece firmado por la entidad arrendataria por lo que siendo la firma la esencia de la obligación contraída por escrito...", y más recientemente STS 31.5.1988 (Ar. 4132)

²⁷ VONT TUHR Derecho de obligaciones I p 118. V tb. BETTI Teoría del negocio jurídico p 96.

²⁸ Vid. J. MIQUEL Derecho Romano Barcelona 1987.

esfuerzos para captarlo y actuar en consecuencia²⁹

En el ámbito del Derecho, existen muchos supuestos en los que la propia ley -precisamente para garantizar el rápido y seguro funcionamiento de la comunicación comercial- atribuye a comportamientos o actuaciones de los particulares un significado preciso sin que sea necesario (normas dispositivas) o incluso posible (imperativas) examinar si el emisor pretendía transmitir ese mensaje y no otro. El ejemplo típico es la firma en una letra de cambio. En otros supuestos, el legislador no establece cuáles son los signos adecuados sino sólo el mensaje que ha de comunicarse y corresponde a los jueces ir determinando qué actuaciones son signos adecuados y cuáles no. Aquí existe una diferencia radical con las atribuciones de sentido establecidas legalmente. El juez, en tanto el legislador no altere el significado atribuido, ha de estar al mismo aún cuando la sociedad no atribuya ya a dicho signo tal significado. Sin embargo, cuando estamos en los otros supuestos, el juez habrá de estar al significado que en cada momento atribuya a tal comportamiento la sociedad. Ello es importante porque, como cualquier lingüista podría explicar, los signos cambian de significado con el paso del tiempo.

La regla signing is binding responde efectivamente al significado que la sociedad atribuye a la firma de un documento. En nuestras sociedades se entiende que cuando se nos presenta un documento para firmar lo leemos y sólo firmamos si estamos de acuerdo con su contenido, y si no, no lo firmamos. Firmar en barbecho es una actuación que introduce ambigüedad en la comunicación y la trastorna por lo que no puede aceptarse como forma de actuación social ya que supone utilizar incorrectamente el sistema de comunicación. Ello se traduce en que -como afirmaba Von Tuhr- el que haya firmado un documento si leerlo previamente habrá de ser tratado como si hubiera leído, comprendido y aceptado el mismo.

Resumiento puede afirmarse que el sistema opera del siguiente modo: cuando un sujeto quiere comunicar su consentimiento respecto al contenido de un documento, lo firma. Luego cuando veamos la firma de alguien estampada al final de un documento podemos suponer que el firmante ha comunicado su consentimiento respecto al contenido del mismo y por tanto no es necesario ahondar más para comprobar que tal fue lo que sucedió en el caso.

Esta regla puede considerarse en "vigor" en nuestra sociedad. Sin embargo, cabe afirmar que su ámbito de aplicación se ha reducido, cabe decir que el significado atribuible hoy a la firma de un documento que contiene condiciones generales no es la de otorgar el consentimiento a las mismas. Esta conclusión puede argumentarse desde este punto de vista con relativa sencillez. La formalización del consentimiento en la

²⁹ Vid. BARNETT 86 Columbia Law Review (1986) p 269 ss.

firma se basa en el comportamiento previo que hemos enunciado: los documentos antes de firmarse se leen, y sólo se firman cuando el firmante está de acuerdo con su contenido. En el caso de las condiciones generales, es claro que el comportamiento previo no existe como regla general, es decir, el grupo social se ha apartado del comportamiento que fundaba la "legitimidad" del signo y por tanto, ésta ha desaparecido. Consiguientemente, el comportamiento en que consiste la firma ha dejado de significar lo que significaba. De acuerdo con la regulación legal, (control de la incorporación y control del contenido) no puede atribuirse, como hace la doctrina tradicional, a la firma de un documento con condiciones generales el mismo significado que la firma de un documento individual. El significado de la firma del documento que contiene las condiciones generales significa hoy, como señala Schmidt, que el adherente se da por enterado de la voluntad del predisponente de que el contrato se regule por dichas condiciones generales, pero -como se deduce de la sanción de no inclusión o de nulidad- ello no le vincula de igual forma que la firma de un contrato individual. Este "cambio de significado" lo olvida la doctrina contractualista tradicional.

e) Por lo demás, y a diferencia de lo que ocurre en la LCS respecto a las cláusulas limitativas de derechos (art. 3) o respecto a las cláusulas onerosas en el Derecho italiano, la LCU no exige que el adherente manifieste expresa o específicamente su voluntad de aceptar las condiciones generales, las más de las veces, la misma se deducirá de la celebración del contrato habiendo cumplido el predisponente con las cargas del 10.1 a) LCU. Si éstas se han cumplido, cualquier conducta de la que se deduzca el consentimiento contractual, significará asimismo que también las condiciones generales quedan incluidas en el contrato. Es más, si el adherente no desea que las condiciones generales queden incluidas en este supuesto, deberá manifestarlo expresamente³⁰, en cuyo caso, será cuestión

³⁰ ULMER § 2.61; BRAUN "Die Stellung des AGB-Gesetzes in System des Privatrechts" BB (1979) p 24.

de interpretación decidir si no ha existido contrato por falta de consenso o si el mismo ha quedado celebrado sin las condiciones generales.

2. En aquellos supuestos en los que la iniciativa para la celebración del contrato parte del adherente, suele decirse que la oferta de éste no incluye las condiciones generales, por lo que la contestación del predisponente pretendiendo introducir condiciones generales en el contrato es considerada por la doctrina no como una aceptación sino como una contraoferta modificadora de la oferta del adherente que no incluía las condiciones generales, por lo que para que se perfeccione el contrato sería necesaria la aceptación posterior del adherente²¹. En términos más exactos, a nuestro juicio, la situación descrita puede explicarse señalando que si la oferta contractual ha partido del adherente, y el contrato se perfecciona por la aceptación del predisponente, en ese momento, éste último no habría cumplido con los requisitos de inclusión "previa o simultáneamente" a la celebración del contrato, por lo que las condiciones generales no quedan incluidas. Es decir, tampoco en este punto es necesario recurrir al esquema de declaraciones de voluntad para explicar el Derecho de las condiciones generales.

²¹ Doctrina unánime. Vid. por todos, KÖTZ Munch.komm § 2.16 y WOLF § 2.16.

III. Naturaleza jurídica de los requisitos de inclusión.

Como hemos visto, las normas de inclusión establecen los requisitos mínimos que debe cumplir el que utiliza condiciones generales si quiere verlas incorporadas a un contrato individual. Desde el punto de vista dogmático, han de calificarse como cargas³². Así se deduce, en efecto, de las características que adornan a estos requisitos:

a) Su cumplimiento incumbe de modo exclusivo al empresario que utiliza las condiciones generales, pero su incumplimiento no lleva aparejada sanción alguna, ni genera las consecuencias del incumplimiento de una obligación.

b) Su incumplimiento no lleva aparejada la ineficacia del contrato entero (salvo lo previsto en el art. 10.4 II LCU) sino únicamente la no incorporación de las condiciones generales al contrato. Como veremos más detalladamente, es un supuesto de nulidad parcial con sustitución de las cláusulas ineficaces encaminada a evitar los negativos efectos que para la parte débil de la relación o para el tráfico tendría la nulidad total.

c) El cumplimiento de los requisitos de inclusión

³² Cargas son "imperativos del propio interés (es decir) situaciones de necesidad de realizar determinados actos para evitar que sobrevenga un perjuicio" (GOLDSCHMIDT Derecho Procesal Civil (trad. 2ª ed alemana de L. Prieto-Castro) Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río 1936 p 203; Ampliamente A. CABANILLAS Las cargas passim.

en el momento de la celebración del contrato hace que el ordenamiento considere al adherente vinculado a las condiciones generales.

§ 14. LOS REQUISITOS DE INCLUSION EN LA LEY GENERAL DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.

I. Ambito de aplicación.

Los requisitos del artículo 10.1 a) se aplican a aquellos contratos que se celebren entre empresarios y consumidores en que se utilicen condiciones generales. A salvo de lo que se dirá más adelante respecto a las garantías y a la contratación-ticket, tal conclusión se desprende del ámbito de aplicación general del art. 10 LCU que viene determinado objetivamente por la noción de condiciones generales (art. 10.2 LCU) y subjetivamente por la noción de consumidor (art. 1 LCU). De acuerdo con lo que se ha mantenido (supra § 11.1) no se aplican a las relaciones entre empresarios.

II. Relación con las normas de interpretación y de control del contenido.

Respecto a las relaciones entre reglas de inclusión y reglas de interpretación, la mayor dificultad que surge consiste en resolver la aparente antinomia que se detecta entre la exigencia de claridad en la redacción como requisito de inclusión y como

supuesto de aplicación de la regla contra proferentem por lo que nos remitimos al análisis de este específico requisito de inclusión³³.

La relación entre inclusión y control del contenido es, en principio, clara. En el ámbito de la acción individual, el juez debe comprobar, en primer lugar, si las condiciones generales han quedado incorporadas al contrato antes de analizar si son abusivas o no. Sin embargo, cuando sea dudoso si los requisitos de inclusión se han cumplido o no, y la cláusula resulte nula por contrariedad a la buena fe (art. 10.1 c) en relación con el 10.4 LCU), nada impide al juez dejar sin resolver la cuestión de la inclusión y acudir al art. 10. 1 c)LCU³⁴.

En el ámbito del control abstracto (previsto en el Derecho proyectado vid. arts. 28 ss AP), en principio, las reglas de inclusión, en la medida en que regulan la incorporación de las condiciones generales a un contrato concreto, no parecen aplicables. El juez tampoco podrá dejar de someter a control abstracto la cláusula alegando que conforme a las reglas de inclusión la cláusula no podría quedar incluida en el contrato. Ahora bien, como veremos, de los requisitos de inclusión se deducen unos principios que pueden utilizarse como criterios para medir la abusividad de una cláusula en aplicación de las normas de control del contenido³⁵.

III. Análisis de los requisitos de inclusión en relación con las distintas formas de aparición de las

³³ Infra § 14.VI.

³⁴ ULMER § 2.5. Esta apreciación es importante porque evita que los jueces admitan la incorporación de condiciones generales en supuestos dudosos. Les basta con que la cuestión puede dejarse sin resolver en cuanto que, de todas formas, la cláusula es ineficaz.

³⁵ Vid. BRANDNER § 9.30 y HENSEN § 13. 7-8.

condiciones generales.

1. a) Del simple examen de los requisitos impuestos por el art. 10.1 a) LCU se deduce que el legislador, al elaborar el precepto, tenía presente una manifestación muy concreta de condiciones generales: los llamados contratos-formulario y en general, aquellos contratos que se documentan normalmente por escrito³⁶. En ellos, las condiciones generales se encuentran normalmente en un texto que se inserta en el propio documento que recoge el consentimiento de las partes o en un documento anexo al que se hace referencia en aquél. Esta manifestación de las condiciones generales se utiliza en los contratos de seguro, en los bancarios, en los de leasing, factoring, compraventa de inmuebles, de vehículos, compraventas a plazos, contratos de suministro de energía eléctrica, gas, agua, abono al servicio telefónico etc.

Como se deduce de los ejemplos transcritos, se trata de contratos referidos a la adquisición de bienes o servicios de cierto valor económico y cuya ejecución se prolonga en el tiempo. La regulación que recogen las condiciones generales suele ser minuciosa y prever todos

³⁶ Sobre el carácter de condiciones generales de los contratos-formulario vid. supra § 9.VIII. La conclusión expresada en el texto se refuerza con la simple comparación entre el art. 10.1 a) LCU y el art. 3 LCS que se refiere a los requisitos de inclusión de las condiciones generales de un típico contrato en el que se utilizan formularios como es el de seguro. Dicho precepto establece que deberá entregarse una copia de las condiciones generales al asegurado y que deben estar redactadas de forma clara y comprensible.

los aspectos de la relación. El contenido de las condiciones generales abarca incluso en algunos casos los elementos esenciales del contrato (objeto: prestación/precio), pero su contenido típico viene constituido por previsiones sobre entrega o suministro de los bienes o servicios, forma de ejecución del contrato en general, limitaciones o agravaciones de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las partes, posibilidad de variación de la prestación características del contrato o del precio, cláusulas de atribución de fuero y elección del Derecho aplicable etc³⁷.

Los requisitos del 10.1 a) LCU están perfectamente adaptados a esta manifestación de las condiciones generales en cuanto el contrato se documenta normalmente por escrito y no presenta dificultad alguna entregar al adherente un ejemplar de las mismas en el momento de la celebración. Además, la extensión de las condiciones generales y la duración del contrato en estos casos exigen que para que los requisitos de inclusión cumplan las funciones de transparencia y de publicidad a la que

³⁷ Dentro de este grupo de contratos existe un conjunto de supuestos que tienen cierta autonomía: los contratos relativos a la prestación de servicios públicos que son prestados por empresas públicas o privadas en régimen de monopolio (gas, agua, electricidad, teléfono) y en los que, en primer lugar, existe obligación de contratar (jurídica) para la empresa y (de hecho) para el cliente; y en los que existe un cierto control administrativo, bien en forma de normas reglamentarias que determinan el contenido del contrato, bien en forma de aprobación administrativa de las condiciones generales. Además, el precio de la prestación suele estar fijado o sometido a control de la Administración.

nos hemos referido, el adherente tenga a su disposición un ejemplar de las mismas durante la vida del contrato.

b) Sin embargo, las condiciones generales aparecen en otras formas en las que el cumplimiento de los citados requisitos dificultaría de forma extraordinaria la fluidez del tráfico contractual sin que dichos efectos vengan compensados por los beneficios protectores que esta regulación supone³⁰. Estas manifestaciones de condiciones generales vienen dadas, en primer lugar por las llamadas cláusulas de garantía que contienen normalmente una regulación de la responsabilidad del fabricante o del vendedor y que, según los casos carecen de relevancia en cuanto no constituyen mas que una oferta del fabricante sin que puedan considerarse aceptadas por el cliente por el mero

³⁰ El AP si que ha tenido en cuenta estas distintas formas de aparición de las condiciones generales en el tráfico al establecer en su art. 4 parr. 3 que "cuando por las características del contrato la inclusión de las condiciones generales en su documento o en un documento complementario implicase grandes dificultades, deberá hacerse, en el momento de la perfección del contrato, expresa mención de ellas por quien las utilice". El texto del AP es, sin embargo, bastante defectuoso. En primer lugar, no son las características del contrato, sino la forma de celebración lo que dificulta el cumplimiento de los requisitos de inclusión. En segundo lugar, está suponiendo que siempre existe un documento contractual, con lo que no dota de una regulación adecuada a los contratos perfeccionados oralmente a los que luego nos referiremos. Resulta curioso comprobar que el AP que ha seguido tan de cerca la AGB-G se haya separado en este punto de la misma. En efecto, la ley alemana (§ 2 1. 10) libera al predisponente precisamente de la necesidad de hacer una referencia expresa a las condiciones generales en los casos de contratos de la vida diaria, exigencia que es la única que mantiene el AP. El mantenimiento de esta exigencia implicaría que no quedan incluidas en el contrato las condiciones generales contenidas en avisos o carteles expuestos al público (vid det. infra § 14.V).

hecho de la compra del objeto, o bien, pueden considerarse como cláusulas contractuales bien como parte del contrato de compraventa cuando se trate de la garantía del vendedor, o bien como contenido de un contrato específico de garantía cuando la oferta del fabricante haya sido aceptada por el cliente. En lo que aquí interesa, el problema para que se consideren cumplidos los requisitos del art. 10.1 a) LCU estriba en que dichas cláusulas se entregan al cliente normalmente en el momento de la ejecución del contrato, con lo que se incumple la exigencia de que "se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión" y por otra parte, no se incluyen en el documento contractual, cuando éste existe, sino en un impreso aparte, con lo que debería figurar una referencia expresa a dicho impreso en aquél.

c) Por último, las condiciones generales aparecen en el tráfico de una forma distinta en los llamados "contratos de la vida diaria", contratos ticket o "quick-hand transactions". Estos contratos se refieren normalmente a bienes o servicios de escaso valor económico, son de escasa duración cuando no de ejecución simultánea a la celebración y la prestación característica suele ser única. Rara vez se documentan por escrito o cuando es así la documentación se reduce a documentos probatorios de la existencia del contrato (facturas, recibos) o a cualquier título de legitimación que permite exigir la prestación (billetes, entradas etc). Las condiciones generales desempeñan en estos casos un papel mucho más reducido y concreto: se

limitan a ser una o unas pocas cláusulas relativas normalmente a formas de pago admisibles ("No se admiten cheques"), a exenciones o limitaciones de responsabilidad ("No se responde de los vehículos depositados", "No se responde de los botones", "los encargos caducan a los tres meses", "en caso de pérdida se abonarán únicamente 1000 pts/Kg"...) etc. Suelen recogerse bien en los documentos que sirven de prueba al contrato o que sirven de título de legitimación para exigir la prestación a los que nos hemos referido, bien en documentos de promoción de la contratación (catálogos, folletos publicitarios etc) bien en avisos expuestos al público en el local donde se celebra el negocio (en la caja, a la entrada del local, junto a la lista de precios etc).

En este grupo de casos, hay muchos supuestos en los que el cumplimiento de los requisitos de inclusión es aún más difícil que en el caso de las garantías. En primer lugar, en todos aquellos casos en los que el contrato no se celebra por escrito no hay posibilidad de hacer una referencia expresa en el documento contractual o insertar las condiciones generales en el mismo. En segundo lugar, cuando existe algún tipo de documentación, ésta bien puede no recoger el consentimiento, bien entregarse con posterioridad a la celebración del contrato.

2. Para resolver los problemas que plantea la incorporación de las condiciones generales en estos dos

últimos grupos, caben básicamente tres opciones:

a) La primera consiste en forzar el tenor literal del art. 10.1 a) LCU "interpretando" los requisitos del mismo de manera que "quepan" los contratos-ticket y las garantías. Tal "interpretación" habría que hacerla sobre todo con el término "facilitar" el cual significa "proporcionar a alguien una cosa o intervenir para que la tenga"³⁹, es decir, que en este contexto no puede significar otra cosa que la obligación del predisponente de entregar al adherente un ejemplar de las condiciones generales⁴⁰, interpretación correcta que impide considerar cumplido el art. 10.1 a) LCU cuando el predisponente se limita a exponer en un aviso al público las condiciones generales⁴¹. Por lo tanto, esta opción debe descartarse.

Además de que tendría consecuencias negativas, ya que al "igualar por lo bajo" para permitir la inclusión de las condiciones generales en la contratación ticket, se tendería a relajar la exigencia de los requisitos en el caso de los contratos formulario, lo que no tiene justificación, porque como decimos, el art. 10.1 a) LCU está perfectamente adaptado a esta manifestación de las condiciones generales.

b) La segunda opción consiste simplemente en considerar aplicable literalmente el art. 10.1 a) LCU a cualquier condición general de modo que no sería posible oponerlas en la mayoría de los supuestos de la

³⁹ Diccionario de uso del español de María Moliner Tomo I Madrid, reimpr. 1983.

⁴⁰ En el mismo sentido que el texto R. BERCOVITZ Estudios p 193.

⁴¹ Contra tendencialmente al menos CLAVERIA Academia Sevillana del Notariado 1988 p 153: "¿qué es facilitar? Parece por ejemplo que vale el tablón de anuncios en determinadas condiciones".

contratación ticket⁴². Con ello habría que considerar que nuestro sistema se alinea con el belga o el francés en el sentido de considerar inoponibles las condiciones generales recogidas en avisos o en tickets, entradas y billetes⁴³.

Esta solución se enfrenta a graves inconvenientes. Supone una discriminación no justificada para los empresarios cuyas relaciones con la clientela no se documentan habitualmente por escrito, privándoles de la posibilidad -práctica- de utilizar condiciones generales y por tanto de las ventajas que éstas tienen respecto a la racionalización de la actividad empresarial⁴⁴. La existencia de discriminación se basa en que para el empresario que utiliza contratos-formulario y que pretende incluir condiciones generales los requisitos de inclusión no hacen sino consagrar una práctica habitual, práctica que obviamente no respondía a un afán protector de la clientela, mientras que para los otros el cumplimiento de dichos requisitos supone dificultar extraordinariamente la celeridad en la celebración de

⁴² Esta es la opinión de R. BERCOVITZ Estudios p 193 y de LACRUZ Elementos pp 37-38.

⁴³ Vid. para Bélgica G. ROMMEL "L'obligation de renseignement" en BOURGOIGNIE/GILLARDIN Droit des consommateurs Bruselas 1982 pp 13ss; para Francia H. BRICKS, Les clauses abusives Paris 1982 pp 167-168 para los carteles o avisos y 172 ss para las facturas.

⁴⁴ Vid supra § 2. El tamaño de la empresa es irrelevante a efectos de las ventajas en la utilización de condiciones generales: vid RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) p 1221, con independencia de que no necesariamente son pequeñas empresas las que realizan contratos-ticket (piénsese por ej. en unos grandes almacenes).

los contratos si quieren ver incorporadas las condiciones generales. En definitiva, la relación "coste/beneficio" respecto a la utilización (eficaz) de condiciones generales es muy diferente en uno y otro caso. Tampoco justifica el tratamiento indiferenciado la finalidad de protección del adherente, puesto que, además de que como hemos visto, las normas de inclusión ofrecen una protección muy limitada, las necesidades de protección para conseguir idénticos resultados son diferentes: las condiciones generales en el caso de los formularios son normalmente mucho más complejas y largas, como lo son las relaciones que pretenden regular, de ahí que esté justificado un control más riguroso en la celebración.

El problema es, sin embargo, más grave. En el Derecho francés o en el belga, los jueces admiten la oponibilidad cláusulas contenidas en carteles, avisos, facturas o tickets si el predisponente demuestra que el cliente las conoció y aceptó⁴⁵. Pues bien, tal posibilidad queda vedada en nuestro Derecho -en relaciones con consumidores- por cuanto el cumplimiento de los requisitos de inclusión es conditio sine qua non para la oponibilidad de las condiciones generales de forma que aún a pesar de que el predisponente demostrase que el adherente conoció y se adhirió -porque en otro caso debería haber renunciado a contratar- a unas determinadas condiciones generales, si no cumplió con los requisitos del art. 10.1 a) LCU no podrá oponer las

⁴⁵ Vid nota anterior. Del mismo modo nuestra jurisprudencia respecto a las cláusulas de atribución de fuero vid. sentencias citadas infra en este mismo epígrafe. En el Derecho inglés, similar en este punto al Derecho alemán, se consideran incluidas en el contrato las cláusulas contenidas en documentos no firmados cuando el predisponente ha dado "reasonably sufficient notice" de la misma. (Vid. E. MACDONALD "The Duty to give notice of unusual contract terms" JBL (1988) pp 375-385. Vid también art. 4 AP que exige en estos casos una referencia expresa a las condiciones generales.

mismas⁴⁶. Por otra parte, y según hemos visto, la discriminación carecería de una justificación razonable, por lo que su compatibilidad con el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, que exige una igualdad de trato por la ley en las condiciones de acceso al mercado y de competencia, sería más que dudosa.

c) Por lo tanto, parece razonable ensayar una tercera solución que, por un lado, atienda no sólo al tenor literal del 10.1 a) sino, sistemáticamente, también a su relación con los arts. 10.1 b) y 11 LCU, y teleológicamente, a la función de los requisitos de inclusión; y por otro lado que evite discriminaciones injustificadas respecto a la posibilidad de utilizar en el tráfico condiciones generales. Esta solución puede formularse del siguiente modo:

aa) A pesar de su tenor literal, que no distingue entre las diferentes formas de aparición de las condiciones generales en el tráfico, los requisitos de inclusión del art. 10.1 a) LCU se refieren exclusivamente a la incorporación de las condiciones generales a los contratos que habitualmente se celebran por escrito⁴⁷ por lo que ha de recortarse su alcance.

⁴⁶ A salvo de que como ha sugerido recientemente el Tribunal Supremo alemán (BGH ZIP (1986), 1126) consideremos la posibilidad de una doble vía de inclusión de las condiciones generales: a) cuando se han cumplido los requisitos del art. 10.1 a) LCU y b) cuando el predisponente demuestre que el adherente conoció las condiciones generales.

⁴⁷ Debe observarse que nos referimos continuamente no a los contratos que se celebren por escrito, sino a aquellos que habitualmente se celebran por escrito, circunstancia que habrá que decidir de acuerdo con las concepciones y usos del tráfico. De otro modo se dejaría la aplicación del art. 10.1 a) LCU al arbitrio del predisponente en cuanto que podría evitar su aplicación sólo con celebrar oralmente el contrato.

Respecto a la restricción del ámbito de aplicación del art. 10.1 a) LCU, la misma puede fundamentarse metodológicamente en una reducción teleológica de su tenor literal. La reducción teleológica es el instrumento para determinar la existencia y cubrir "lagunas ocultas" de la ley, las cuales se producen "cuando la ley contiene... una regla aplicable también a todos los casos de esta clase, pero que, según su sentido y fin, no se ajusta a este determinado grupo de casos porque no presta atención a su especialidad, relevante en orden a la valoración. La laguna consiste aquí en la ausencia de una restricción"⁴⁸. La restricción consiste en no aplicar la norma a los supuestos "desiguales" según hemos tratado de argumentar⁴⁹. De hecho, el R.D. 1453/87 de 27.11 (BOE de 28.11) al regular las obligaciones de información de los titulares de empresas de tintorería no impone la entrega de todas las condiciones del contrato y considera suficiente que exista un aviso expuesto al público de forma visible donde figuren los derechos del cliente. Tal norma supone reconocer que no pueden imponerse obligaciones formales excesivas -aunque las del mismo decreto lo son- si no se quiere lastrar el tráfico innecesariamente.

La solución que proponemos puede, además, aportar alguna luz sobre un problema en cierta medida similar que existe en relación con el art. 5 de la Ley de ventas a plazos de bienes muebles y que ha provocado una discusión doctrinal -a nuestro juicio mal planteada- en la cual, la solución más razonable⁵⁰- no ha sido aceptada por la doctrina mayoritaria⁵¹. La discusión se ha centrado en si la ley tiene naturaleza dispositiva o imperativa. En el primer caso, podrían coexistir contratos de ventas a plazos sometidos a la ley y contratos sobre ventas a plazos al margen de la ley que se regirían por las normas generales del Código Civil. En el segundo caso, los contratos que incumplieran los requisitos de forma escrita en tantos ejemplares como

⁴⁸ K. LARENZ Metodología de la Ciencia del Derecho 2ª ed. española Trad. de la 4ª ed. alemana de RODRIGUEZ MOLINERO Barcelona 1980 p 370 y 385-391.

⁴⁹ El tratamiento desigual, de acuerdo con lo expuesto viene exigido por la "naturaleza de las cosas" (K. LARENZ Metodología p 385) es decir, por las diferencias objetivas entre una y otra manifestación de condiciones generales.

⁵⁰ A nuestro juicio, la que propone R. BERCOVITZ en Comentarios pp 95-113 y expuesta por primera vez en ADC (1966) p 143.

⁵¹ Para un status quaestionis vid. recientemente C. MARTINEZ DE AGUIRRE Las ventas a plazos de bienes muebles Madrid 1988 pp 19-40.

intervinientes en la operación (art. 5) serían nulos⁵². Pues bien, sin querer pronunciarnos de modo definitivo sobre la discusión, lo que exigiría un análisis más detallado, la solución propuesta por Bercovitz podría apoyarse en una reducción teleológica del defectuoso tenor literal del artículo 1 entendiendo que la ley sólo se aplica a aquellos contratos de ventas a plazos en los que el vendedor quiera acogerse a las ventajas que supone el registro del contrato en cuanto a la eficacia frente a terceros de la reserva de dominio y las prohibiciones de disponer (art. 23 LVP), voluntad que se desprenderá del empleo de los impresos oficiales, ya que el mismo es un requisito imprescindible para la inscripción del contrato en el Registro (art. 10 de la Ordenanza para el Registro de Ventas a plazos de bienes muebles). La cuestión no es, por tanto, si la ley es imperativa o no. La ley es imperativa. La cuestión es determinar su ámbito de aplicación y éste no incluye todos los contratos de ventas a plazos sino sólo aquellos en los que el vendedor pretenda acogerse a las garantías exorbitantes que para su crédito le otorga la misma.

Asimismo apoya la conclusión adelantada el art. 10.

1 b) LCU. El art. 10.1 b) LCU, que constituye uno de los más claros ejemplos de la defectuosa técnica legislativa de la LCU, establece como requisito que deben cumplir las condiciones generales (!) so pena de ser inoponibles al adherente "la entrega salvo renuncia del interesado,

⁵² Con nulidad absoluta o relativa o serían válidos únicamente como contratos preparatorios de una venta a plazos, según los autores (vid. referencias en MARTINEZ DE AGUIRRE Ventas a plazos pp 41-44). La opinión de este autor respecto a que la ley tendría una "imperatividad limitada" "porque no es el único cauce jurídico de las ventas a plazos, sino que coexiste con otro, aunque sus ámbitos competenciales son distintos" (MARTINEZ DE AGUIRRE ibidem p 40) no puede ser más extraña metodológicamente. El problema no es de naturaleza imperativa o dispositiva de la norma, sino simplemente de delimitación de su ámbito de aplicación. No decimos que una norma no sea imperativa o tenga su imperatividad "limitada" porque no se aplique a supuestos de hecho que no entran dentro de su ámbito de aplicación, decimos simplemente que esos hechos no entran dentro del ámbito de aplicación de la norma. Si el ámbito de aplicación, como ocurre con el art. 5 LVP está mal definido, habrá que examinar si es posible realizar una reducción teleológica del mismo pero no decir que su "imperatividad es limitada".

de recibo, justificante, copia o documento acreditativo de la operación o, en su caso, de presupuesto debidamente explicado".

Un intepretación literal de esta norma parece simple: impone la obligación al empresario de entregar al consumidor un documento que facilite a éste la prueba de la existencia (y del contenido) del contrato en caso necesario⁵³. Ahora bien, la claridad desaparece y el precepto se revela como un auténtico error del legislador cuando tratamos de encuadrar sistemáticamente el precepto.

La norma está recogida como apartado b) del art. 10 LCU que regula "las cláusulas, condiciones o estipulaciones que con carácter general..." que se apliquen a la contratación con consumidores. El incumplimiento de lo previsto en el art. 10.1 LCU se sanciona con la nulidad de las condiciones generales afectadas (art. 10.4 LCU). Pues bien, el art. 10.1 b) LCU no se refiere a las condiciones generales como contenido del "recibo, justificante, copia o documento acreditativo" sino que éstos interesan aquí sólo como prueba de la existencia del contrato⁵⁴, problema que

⁵³ Este es el sentido que le da la doctrina vid. R. BERCOVITZ Estudios p 194; LOPEZ-SANCHEZ RGLJ (1987) p 639; DUQUE 3 EC (1984) p 66.

⁵⁴ Y en su caso del contenido del mismo ("presupuesto debidamente explicado") pero no de las condiciones generales (como pretende R. BERCOVITZ Estudios p 194: "renuncia a conservar un ejemplar de las condiciones generales") sino de los elementos esenciales (precio). Esta interpretación viene reforzada por las discusiones parlamentarias. En el proyecto de ley el art. 10.1 b) tenía la siguiente redacción: "Entrega, a petición del interesado, de recibo, justificante, copia

nada tiene que ver con las condiciones generales. La consecuencia del incumplimiento -de aplicarse el art. 10.4 LCU- es igualmente absurda: si el empresario no entrega una copia o recibo que acredite la operación ¿qué debe considerarse nulo? ¿el contrato?. No es tal lo que afirma el art. 10.4 LCU que se refiere a las "cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos".

Debe quedar claro, por lo tanto, que el art. 10.1 b) LCU no contiene, como ha afirmado sorprendentemente la doctrina, una garantía que complementa la del art. 10.1 a) LCU⁵⁵ y ello, por dos razones. En primer lugar, porque para que fuese congruente con el art. 10.1 a) LCU, el art. 10.1 b) LCU debería imponer la entrega del documento contractual al que se refiere aquel precepto, esto es, donde se recoge el consentimiento contractual y donde se recojan las condiciones generales o la referencia expresa a las mismas, pero tal interpretación es incompatible con su tenor literal, que se refiere expresamente a documentos simplemente probatorios que suelen entregarse en muchos

o documento acreditativo de la operación o presupuesto en su caso". La modificación se produjo en el Congreso y con ella se trataba de aumentar la protección del consumidor invirtiendo la carga de solicitar el documento probatorio. Realmente, resultaría absurdo que el documento al que se refiere el precepto fuera el que contuviese las condiciones generales puesto que el 10.1 a) exige la entrega de dicho documento y no sería lógico que a continuación se estableciera que dicha entrega sólo sería obligatoria en el caso de que el cliente lo solicite.

⁵⁵ Así R. BERCOVITZ Estudios p 194 y de modo similar DUQUE 3 EC (1984) p 66: "Complemento de estas cautelas es el deber impuesto a quien utilice en su contratación de entregar al consumidor o usuario un recibo..." (Si corregido el error de imprenta el texto dice "utilice en su contratación condiciones generales" no entendemos en absoluto el precepto: ¿por qué se exige al que utiliza condiciones generales que entregue un documento probatorio del contrato y no al empresario que no utiliza condiciones generales? ¿cuál es la diferencia que justifica imponer dicha obligación en un caso si y en otro no?); también así, LOPEZ-SANCHEZ RGLJ (1987) p 639: "apuntalar la protección del consumidor en el momento perfectivo de la relación".

casos tras la celebración. En segundo lugar, porque tal "complemento" -en lo que hace a las condiciones generales que es lo que regula el art. 10 LCU- es innecesario, puesto que como veremos, el requisito de entregar una copia del documento contractual cuando en él se encuentran insertas las condiciones generales está expresamente recogido en el art. 10.1 a) LCU⁵⁶.

Por lo tanto, el art. 10.1 b) LCU constituye un auténtico error sistemático del legislador. La interpretación que del mismo hacíamos al principio es efectivamente correcta: este precepto impone al empresario la obligación de facilitar al consumidor un documento probatorio del contrato celebrado (p. ej. el ticket de caja) salvo que éste renuncie a ello (por ejemplo no recogiendo el ticket al recoger el cambio después de haber pagado)⁵⁷ pero nada tiene que ver con las condiciones generales y debía haber quedado recogido en un artículo distinto al art. 10 LCU.

⁵⁶ Lo que el mismo BERCOVITZ reconoce (Estudios p 194). El único supuesto en el que el adherente puede no recibir un ejemplar del contrato celebrado conforme a condiciones generales es el caso en el que éstas se encuentren en un texto diferente al documento contractual, que dicho texto se le haya entregado y que el predisponente haga una referencia expresa a este texto en el documento contractual, pero que luego no lo facilite al adherente. Tal es el único supuesto al que dejaría resquicio el art. 10.1 a) LCU y el único en el que el art. 10.1 b) LCU podría tener sentido en el marco de una regulación de las condiciones generales. Ahora bien, ¿qué protección frente a las condiciones generales añadida ofrece?. Según BERCOVITZ (Estudios p 194) "sólo así se puede alegar aquello en lo que se ha consentido". Si este autor se refiere a alegar las condiciones generales ¿qué interés tiene el adherente en alegarlas? Será normalmente el predisponente el interesado. En su caso -incumplimiento del predisponente- al adherente le interesará poder probar la existencia del contrato (en el caso de que le interesara probar las condiciones generales las tiene en su poder) lo que además de poder hacer por cualquier medio, no tiene nada que ver con el Derecho de las condiciones generales. Con ello queremos decir que no es que el contenido del art. 10.1 b) LCU sea una insensatez, sino simplemente que se encuentra sistemáticamente mal colocado, aparte de que nos permitamos dudar de su eficacia práctica puesto que no se establece sanción alguna en caso de incumplimiento, ya que como vimos, la sanción de nulidad parcial resultaría absurda.

⁵⁷ Es decir, la renuncia no tiene por qué ser expresa como pretende erróneamente a nuestro juicio R. BERCOVITZ (Estudios p 194): "Por ello creo que esta excepción deberá ser interpretada en sentido estricto y con las máximas garantías: renuncia clara y por escrito en el propio documento".

Este error sistemático del legislador resulta, sin embargo, de interés en apoyo de la tesis que aquí se mantiene sobre el art. 10.1 a) LCU. Al recoger la obligación de entregar un recibo o justificante de la operación en el artículo dedicado a las condiciones generales, el legislador parece admitir la posibilidad de contratos en los que se utilizan condiciones generales y de los cuales no queda habitualmente constancia por escrito⁵⁵ como lo demuestra la referencia a recibos, justificantes o presupuestos y para los que bastaría la entrega de los mismos cuando éstos contengan las condiciones generales para que éstas quedaran incorporadas al contrato sin que por lo tanto fueran de aplicación los requisitos del art. 10.1 a) LCU.

bb) En conclusión, pues, los requisitos de inclusión para los contratos celebrados habitualmente de forma oral no están regulados expresamente en la LCU lo que debe considerarse como una laguna contraria al plan de la ley. Dicha laguna habrá de cubrirse por vía analógica considerando la ratio del art. 10.1 c) LCU- funciones de transparencia y publicidad- y elaborando una norma ajustada a estos grupos de casos que la respete. De ello nos ocupamos más adelante (infra §), examinando previamente los requisitos de inclusión en

⁵⁵ Admitimos de antemano que son posibles otras interpretaciones: por ej. que el legislador se refiere a los casos en los que habiendo constancia por escrito ésta queda exclusivamente en manos del empresario.

su tenor literal, tal como han de exigirse en el primer grupo de casos dibujado.

IV. Los requisitos de inclusión en los supuestos de contratos que habitualmente se celebran por escrito.

1. De acuerdo con la interpretación que aquí se mantiene del art. 10.1 a) LCU analizaremos en primer lugar los requisitos de inclusión tal y como deben exigirse para la incorporación de condiciones generales a los contratos habitualmente celebrados por escrito.

El art. 10.1 a) LCU prevé como supuestos general que las condiciones generales se recojan en el documento contractual. Por tal debe entenderse aquél que contiene la expresión del consentimiento del adherente.

a) La inserción de las condiciones generales debe ser completa, es decir, sólo se considerará cumplido el requisito si figuran en el documento todas las condiciones generales que el predisponente pretende incluir, de forma que no serán oponibles aquellas cláusulas que no figuren en él salvo que se cumpla lo establecido para la incorporación por referencia.

Por lo tanto, nada impide que el documento contractual recoja sólo una parte de las condiciones generales si el resto se halla en otro texto al cual se hace referencia en el documento contractual y que se facilita igualmente al adherente⁵⁹.

⁵⁹ Vid. por ej. las condiciones generales de la Telefónica. En ellas, el documento contractual recoge sólo un resumen del llamado "reglamento de servicio" pero en el mismo se hace una referencia expresa a éste. Es también frecuente que el documento contractual sólo recoja las llamadas "condiciones particulares" -que en muchos casos son también condiciones generales en

La inserción en el documento contractual es suficiente para considerar incorporadas las condiciones generales (queda a salvo lo que más tarde se dirá respecto a la legibilidad y comprensibilidad) sin necesidad de una referencia expresa a las mismas en la antefirma. En la práctica, normalmente, los formularios que recogen condiciones generales añaden una cláusula en la antefirma en la que además de dar valor de consentimiento contractual a la firma del texto se hace una referencia expresa a las condiciones generales. Pues bien, dicha referencia no es imprescindible porque el art. 10.1 a) LCU considera que cuando las condiciones generales se insertan en el documento, de ello se deduce inequívocamente la garantía de que el adherente ha sabido o ha podido saber que las condiciones generales pasaban a formar parte del contrato, la misma conclusión se infiere a contrario, del hecho de que la referencia expresa sólo se exija cuando las condiciones generales no se encuentren en el texto contractual. Esta conclusión, y de acuerdo con su fundamento, exige algunas precisiones.

b) Para que sea suficiente, es necesario que las condiciones generales figuren por encima de la firma del adherente, de manera que tanto en el supuesto de que se encuentren en el reverso del documento cuando la firma se encuentra en el anverso, como en el de que se sitúen bajo la firma, el predisponente habrá de cumplir además

sentido legal- y una remisión a otro texto en el que se hallan todas las condiciones generales.

con el requisito de la referencia expresa en la antefirma. Es decir, la inserción de las condiciones generales en el documento contractual es requisito suficiente cuando la firma constituye una auténtica suscripción, esto es, cuando cubre el texto entero⁶⁶.

Esta conclusión viene apoyada además por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de eficacia de las cláusulas de atribución de competencia por las que se deroga la competencia judicial legal así como en la relativa a los contratos de seguro aplicando el art. 3 LCS.

El artículo 57 LEC exige que la renuncia al fuero propio sea "clara y terminante". En la interpretación de este precepto, el Tribunal Supremo ha ido estableciendo criterios minuciosos para decidir cuándo estas cláusulas son eficaces y cuándo no, criterios que mutatis mutandis son útiles para interpretar el art. 10.1 a LCU. Así, en el mismo sentido que el texto pueden verse las SSTSS 12.11.1985 (Ar. 5583) y 16.10.1986 (Ar. 5793), la primera de las cuales considera que no hay sumisión expresa porque la cláusula estaba en el reverso y la firma en el anverso, mientras que la segunda, de forma más detallada afirma que "en el caso no consta que la sumisión expresa aparezca suscrita, ya que lo aceptado en el documento de pedido de libros son 'las condiciones y forma de pago especificadas' sin hacer referencia a lo impreso en el dorso, que no aparece especialmente suscrito no dándose satisfacción a las exigencias del art. 57 LEC de que la sumisión expresa sea clara y terminante..."; Para el

⁶⁶ La identidad de razón entre estos supuestos y los casos en los que las condiciones generales figuren en otro documento es evidente. Si el legislador no ha considerado suficiente en estos últimos casos que se facilite un ejemplar de las condiciones generales es porque entiende que el consentimiento del adherente sólo puede considerarse extendido a las condiciones generales cuando las tiene delante en el momento de firmar. Pues bien, cuando las condiciones generales figuran en el reverso o por debajo de la firma, por un lado el adherente "no las tiene delante" -es decir, es un supuesto diferente al primer grupo- y por otro existen tan pocas garantías (o tantas) de que haya comprendido que el predisponente pretende que dichas cláusulas rijan el contrato como en el caso de que se encuentren en otro texto que se le ha facilitado. Vid en este sentido STS 31.5.1988 (Ar. 4132): "Sólo y únicamente lo cubierto por la suscripción manifestada por la firma... se puede estimar como fuente obligatoria derivada de la autonomía de la voluntad" (con cita de sentencias anteriores).

otro caso referido en el texto puede verse la STS 18.1.1983 (Ar. 249) que adoptó la misma solución: "Cuando como en el presente caso ocurre, al final de los repetidos albaranes existe un recuadro con el texto: 'recibí y conforme con las condiciones generales de venta consignadas al pie' y con espacio para su firma, y dicho texto impreso no aparece suscrito por el comprador -su firma figura más arriba, al pie de la descripción de la mercancía y del precio- es manifiesto que no puede apoyarse una sumisión expresa en el contenido de la condición relativa a... la competencia"¹. Similar también -y que debe ser resuelto de la misma forma- es el caso de que las condiciones generales figuren al margen del texto del contrato"².

2. El art. 10.1. a) LCU no establece expresamente la obligación para el predisponente de entregar una copia del documento contractual cuando éste es el que contiene las condiciones generales pero tal ausencia se explica porque el objeto de regulación no es la validez del contrato, sino la incorporación de las condiciones generales. La entrega del documento contractual no es un requisito para la validez del contrato, sino que la misma viene exigida porque en él se encuentran las condiciones generales, cuya entrega sí es un requisito para la incorporación de las mismas. Esta obligación de

¹ Contra STS 29.10.1979 (Ar 3819). Frente al razonamiento del recurrente para rechazar la competencia de un determinado juzgado alegando que "las frases en las que se consigna la sumisión en los albaranes figura por debajo de la firma del receptor de la mercancía" argumenta el Tribunal que no debe tomarse en cuenta tal alegación "pues dichos albaranes están constituidos por unos formatos de imprenta en los que dicha frase, no es que haya sido mecanografiada con posterioridad, sino que forman, en cuanto a caracteres de letra y de impresión, un todo armónico con el resto del impreso; ello induce a la certidumbre de que cuando fue firmado el recibí, pudo perfectamente ser apreciado por el receptor de la mercancía sin que exista el menor indicio de una fraudulenta intercalación posterior".

² Vid STS 16.7.1982 (Ar 4248) y además STS 7.6.79 (Ar 2321).

entrega se deduce de los siguientes argumentos:

a) Resultaría incongruente que se exija la entrega de las condiciones generales cuando éstas figuren en un documento distinto y no se exija cuando figuren en el propio documento contractual.

b) El tenor literal del 10.1. a) LCU apoya esta conclusión en cuanto prohíbe la remisión a "texto o documentos que no se faciliten", prohibición que es aplicable al propio documento contractual cuando éste no es facilitado al adherente.

c) El art. 10.1. b) LCU si bien se refiere al documento contractual, como hemos visto, obedece a la necesidad de facilitar al adherente la prueba del contrato y en parte del contenido del mismo (así lo confirma, en efecto, la referencia al "presupuesto debidamente explicado"). Pues bien, cuando el contrato se celebra por escrito, el documento contractual es normalmente la única prueba de la existencia del mismo en el momento de la celebración, por lo que sería aplicable el art. 10.1 b) LCU³³.

³³ Resulta, por ello, muy criticable que la O.M. del Ministerio de Economía y Hacienda de 3 de marzo de 1987 (BOE de 5 de marzo) establezca que las entidades de depósito tengan la obligación de entregar un ejemplar del contrato sólo "a petición del cliente" (regla séptima) salvo en las operaciones de "depósito, de compraventa de activos financieros con pacto de retrocesión y de préstamo o crédito cuyo importe sea inferior a 10 millones de pesetas", en los que la entrega es obligatoria. Esta norma no ha sido modificada por la OM DE 17.6.88 (BOE 17.6) que completó la anterior. La Circular del Banco de España 15/88 de 5 de diciembre (BOE 16.12) que aplica estas normas ministeriales, ha aclarado (y ampliado) el ámbito de las operaciones en la que la entrega del documento contractual es obligatoria a las aperturas de cuenta corriente o cuentas de ahorro (norma 5ª 1.a)), pero

Sobre las peculiaridades de la entrega, nos remitimos a lo que inmediatamente se dirá para la incorporación por referencia.

3. El art. 10.1 a) LCU permite incorporar las condiciones generales al contrato sin que figuren en el propio documento contractual cuando se hace una referencia expresa a las mismas en éste y se facilita al consumidor un ejemplar del texto de aquéllas previa o simultáneamente a la celebración del contrato.

La admisibilidad de una incorporación por referencia parece bastante sensata si tenemos en cuenta las funciones que hemos atribuido a los requisitos de inclusión y las necesidades del tráfico. En Francia, en desarrollo de la Ley de información y protección de los consumidores de 10 de enero de 1978 que creaba una Comisión de cláusulas abusivas con la función de

mantiene (norma 5a 1 c)) que salvo para esos casos específicos (aunque muy importantes) sólo será obligatoria la entrega "cuando lo pida el cliente". A nuestro juicio, tal disposición no es armónica con el art. 10.1 b) LCU y tampoco, en la medida que en el supuesto de que las condiciones generales figuren en el propio documento contractual, con el 10.1 a). Por último, tampoco lo es con la Directiva comunitaria sobre crédito al consumo 87/102 DOCE L 42 de 12.2.1987 cuyo art. 4.1 establece expresamente que los contratos de crédito a consumidores deben constar por escrito y que "el consumidor recibirá una copia del contrato escrito". Aunque el plazo para la incorporación de la directiva finalice el 1.1.1990, no tiene sentido dictar normas sobre los mismos temas sin tener en cuenta ya la normativa comunitaria, porque ello obligará a la modificación de la citada O.M con el consiguiente quebranto para la seguridad jurídica. Debe entenderse pues, que a pesar de lo establecido en esta norma administrativa, las condiciones generales del contrato no quedarán incorporadas al mismo cuando no se hayan entregado, bien porque no se entregue un ejemplar de las mismas (aunque no sea el propio contrato) bien porque no se entregue una copia del contrato donde se insertan. La circular, en este sentido, obliga a entregar el folleto que contenga las comisiones y gastos repercutibles (norma 5.5), así como a publicar -a la vista del público en las oficinas- los tipos de interés aplicables (norma 1.1).

recomendar al Gobierno la prohibición de cláusulas concretas⁶⁴ se dictó un Decreto (24.3.1978) por el que se prohibían las cláusulas "cuyo objeto fuese constatar la adhesión del consumidor a estipulaciones que no figurasen en el escrito que firma" (art.1). Dicho Decreto fue recurrido ante el Consejo de Estado que anuló el artículo que prohibía estas cláusulas señalando que no podían considerarse abusivas en el sentido del art. 35 de la ley por razones eminentemente prácticas. Fundamentalmente porque existen contratos muy voluminosos en su documentación y porque el hecho de que el consumidor firme abajo no significa necesariamente que haya leído las cláusulas⁶⁵. Esta decisión ha sido criticada por la doctrina porque con la prohibición se garantizaba que el consumidor pudiera estar informado si tal era su deseo en el momento de la celebración del contrato de todas sus condiciones⁶⁶, no obstante, a nosotros la decisión del Consejo de Estado nos parece impecable, amén de que la garantía que se pretende conseguir puede obtenerse igual admitiendo la incorporación por referencia cuando las condiciones generales que no figuran en el documento contractual se faciliten igualmente tal y como preve la LCU y como había admitido hasta ahora la jurisprudencia⁶⁷.

4. Como hemos señalado, el verbo "facilitar" no puede significar en el contexto del art. 10.1 a) LCU sino entregar. El predisponente ha de entregar al adherente un ejemplar de las condiciones generales que pretende incorporar al contrato. Al igual que en el caso

⁶⁴ Vid más detalladamente A. SANCHEZ ANDRES RDM (1980) pp 397-98 y 400.

⁶⁵ Vid. más det. H. BRICKS Les clauses abusives Paris 1982 p 110. Erroneamente por tanto, al no tener en cuenta la anulación del citado precepto R. BERCOVITZ Estudios p 193. Con posterioridad se ha promulgado otro Decreto (nº 87/1045 de 22.12.1987) referido a las menciones exigibles en los contratos de garantía y de servicio post-venta. Vid al respecto G. PAISANT "Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives" Recueil Dalloz-Sirey (1988) nº 34 Chronique p 256.

⁶⁶ H. BRICKS Les clauses abusives p 110.

⁶⁷ Vid SSTSS 9.12.1971 (Ar 5160); 14.11.1984 (Ar. 5550) y 29.4.1985 (Ar. 1995); 4.2.1987 (Ar 679); 13.1.1988 (Ar 118);

anterior, el texto entregado debe contener la totalidad de las condiciones generales que se pretende incorporar. El documento puede ser de cualquier tipo: catálogos, listas de precios, recibos, albaranes, folletos, planos⁶⁶ etc.

a) Son discutibles los supuestos en que no se produce una entrega material de las condiciones generales sino una puesta a disposición de las mismas. Tal es el caso de la referencia expresa en el texto del contrato "a las condiciones generales que figuran en el impreso correspondiente que tiene el cliente, a su disposición en nuestras oficinas" o similar. A nuestro juicio no puede exigirse en todo caso que el predisponente haga una entrega material de las condiciones generales pero la puesta a disposición sólo es equiparable a la primera cuando permite acceder sin dificultades y sin esfuerzos suplementarios al cliente a dicho ejemplar. Ejemplo: Las condiciones generales se encuentran en impresos a disposición del cliente en el propio local donde se celebra el negocio. No bastaría con que se encontrasen en la sede principal de la empresa. Tampoco con comprometerse a enviarlas por correo si se solicitan.

b) El momento límite para la entrega de las condiciones generales es el de la celebración del contrato. El requisito se entenderá cumplido tanto si se entregan al inicio de los tratos preliminares como en el momento justo en el que el adherente manifiesta su consentimiento. Por tanto, no es posible una inclusión sobrevenida en el momento de la ejecución cuando ésta no se produzca simultáneamente con la celebración.

El contrato se considera celebrado, de acuerdo con el art. 1262 CC en el momento en que se produce el "concurso de la oferta y la aceptación". Lo cual, respecto a la incorporación de las condiciones generales, significa que si el predisponente ha entregado las condiciones generales con anterioridad al inicio de los tratos preliminares (por ejemplo en folletos publicitarios) las condiciones generales quedarán incluidas con que se haga una referencia al

⁶⁶ Vid. A. ORTI VALLEJO Coment. STS 22.4.1988 en CCJC nº 17 (1988) p 472.

mismo en el documento contractual. En principio no basta con que el adherente tuviera en su poder las condiciones generales por cualquier razón si no fueron entregadas por el predisponente, ahora bien, sería un formalismo inútil en este caso exigir el cumplimiento del requisito y su alegación por el adherente podría resultar contraria a la buena fe⁶⁹.

Cuando el contrato da lugar a una relación duradera se incluye a veces una cláusula por la que se asegura el sometimiento del adherente no sólo a las condiciones generales "en vigor" sino también a las que resulten de las modificaciones posteriores del condicionado general llevado a cabo por la empresa. Así, por ejemplo en las condiciones generales de la Telefónica puede leerse: "La CTNE prestará al abonado cuyas circunstancias quedan reseñadas, el servicio telefónico contratado conforme a las tarifas vigentes y condiciones... así como a las que en los sucesivos se pongan en vigor". En las condiciones generales de tarjeta de cajero automático de una Caja de Ahorros: "La Caja se reserva no obstante el derecho a modificar tales condiciones y, en tal caso, las variaciones que se introdujeran serían también aplicables a quienes fueran ya titulares de la tarjeta". Sin entrar ahora en la posible nulidad de este tipo de cláusulas en cuanto reservan a una de las partes el derecho a modificar unilateralmente el contrato⁷⁰ debe señalarse que las condiciones generales modificadas no quedan incorporadas al contrato porque el art. 10.1 a) LCU es imperativo y no puede ser derogado por una condición general. Ahora bien, ello no excluye la posibilidad de una novación modificativa del contrato y que se varíen las condiciones generales, si tal variación está prevista en las propias condiciones generales. En este caso, sin embargo, será necesario el cumplimiento de los requisitos del art. 10.1 a) LCU, esto es, que las nuevas condiciones generales sean entregadas al adherente, que estén redactadas de manera clara y comprensible y que el adherente se adhiera a las mismas⁷¹.

c) La entrega ha de ser definitiva, es decir, no basta con "mostrar" al adherente las condiciones generales sino que ha de entregársele un ejemplar para que lo conserve. La respuesta sería diferente si

⁶⁹ Podría considerarse un supuesto de abuso de nulidad por defecto de forma o actos propios.

⁷⁰ Vid al respecto ULMER § 2.64 y 65; SCHLOSSER § 2.48.

⁷¹ Doctrina mayoritaria. vid. WOLF § 2.37; ULMER § 2.64; SCHLOSSER § 2.48.

atribuyéramos a los requisitos de inclusión exclusivamente la función de transparencia, porque en este caso, bastaría con que el adherente las haya podido conocer antes de la celebración del contrato. Desde el punto de vista de la función de publicidad, sin embargo, la entrega sólo "provisional" sería absolutamente inútil.

La entrega "definitiva" no ha de realizarse necesariamente en el mismo acto que la celebración del contrato. Basta con que se le muestren en el momento de la suscripción del documento y se le envíen posteriormente al cliente a su domicilio. El requisito de "facilitar" las condiciones generales se ve cumplido así en aquella práctica frecuente que consiste en que el documento contractual se firme en un momento, quedando en poder del predisponente para su intervención por fedatario y se envía una copia del documento ya intervenido al cliente con posterioridad. Como se observará, tanto la función de transparencia como la de publicidad quedan perfectamente satisfechas con este modo de proceder, en cuanto el cliente tiene acceso a las condiciones generales en el momento de la celebración y posteriormente durante la vida del contrato.

5. Cuando las condiciones generales no se insertan en el propio documento contractual, el art. 10.1 a) exige que se haga una referencia expresa en éste al texto o documento que contiene las condiciones generales sin que sea suficiente que se haya facilitado el mismo (STS 6.4.1988 -Ar 2739-; STS 15.4.1988 -Ar 2777-; STS 26.4.1988 -Ar 2877- para el art. 3 LCS⁷²).

a) La finalidad de la referencia es garantizar que

⁷² No así, desafortunadamente por lo que se dirá inmediatamente, el art. 4 AP que parece contentarse con que se entregue el documento que contiene las condiciones generales, ya que la referencia a las mismas sólo se exige para los casos en que "la inclusión de las condiciones generales en (el)...documento (contractual) o en un documento complementario" implique grandes dificultades (art. 4 III AP).

el adherente sepa o pueda saber cuando manifiesta su consentimiento contractual que el contrato se rige por condiciones generales y cuáles son estas cuando no figuran en el mismo documento que firma, supuesto en el que la referencia no ha sido considerada necesaria por el legislador. A primera vista parece que la exigencia del legislador es excesiva y que la simple entrega de las condiciones generales aunque no figuren en el documento contractual debería ser suficiente. Sin embargo, a nuestro juicio la regulación es acertada. Mientras cualquier contratante sabe o debe saber que cuando firma al pie de un documento está admitiendo que valga contra él el contenido que aparece en el mismo, no tiene por qué saber que en el catálogo o en la factura se encuentran las cláusulas que van a regir el contrato. La referencia expresa sirve así para advertir al cliente de la importancia de dicho texto o documento⁷³.

De ahí que no nos parezca afortunada la regulación contenida en el art. 4 II AP en donde, para los contratos habitualmente celebrados por escrito no se

⁷³ En Alemania, el § 2 I AGB-G exige la referencia expresa a las condiciones generales en cualquier caso, con independencia de que las mismas figuren en el documento contractual o no. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que la ley alemana no exige la entrega de las condiciones generales como hace la ley española. Además, la doctrina ha señalado que la exigencia carece de sentido cuando figuran en el propio documento contractual porque la carga de la referencia expresa no tiene por objeto proporcionar al adherente certeza acerca de que las condiciones contractuales que está firmando son condiciones generales" (KÖTZ Munch.komm. AGBG § 2.6). En la misma línea Wolf señala que la entrega de las condiciones generales es suficiente cuando de la misma el adherente tenga que deducir la voluntad del predisponente de incorporar unas condiciones generales (WOLF § 2.15; SCHLOSSER Kommentar § 2.4). Respecto a la regulación proyectada en nuestro país, vid la nota anterior.

exige que el predisponente mencione expresamente la existencia de condiciones generales que rigen el contrato, bastando con que se faciliten las condiciones, bien porque se facilite el documento contractual, bien el complementario.

b) La referencia ha de ser expresa. De acuerdo con su significado general, este requisito supone que la declaración del predisponente debe dirigirse de modo directo o inmediato, mediante los signos adecuados según común experiencia, a dar a conocer su voluntad de incorporar las condiciones generales al contrato⁷⁴.

El carácter expreso lo exigen determinadas normas con dos finalidades. Para proporcionar seguridad acerca de la voluntad de las partes y para advertir a una de las partes de un determinado hecho que puede tener consecuencias gravosas de desconocerlo⁷⁵. En el caso que nos ocupa es clara la función de advertencia y de protección del adherente que la exigencia del carácter expreso de la referencia tiene.

c) Del texto de la referencia debe poder deducirse claramente la voluntad del predisponente de que el contrato quede regulado por unas condiciones generales determinadas, y por lo tanto ha de tener la suficiente precisión como para que un adherente medio pueda percatarse de que está aceptando que el contrato quede regulado por unas condiciones generales concretas⁷⁶.

69 DIEZ-PICAZO/GULLON Sistema de Derecho Civil Tomo I Madrid 4ª ed. 1982 p 511.

⁷⁵ Normalmente las normas que exigen una declaración expresa cumplen ambas funciones simultáneamente. Vid por ej. el art. 247 C de C. respecto a la obligación del comisionista de expresar el nombre de su comitente cuando actúe en nombre ajeno o el art. 57 LEC respecto a la renuncia al propio fuero o el 1137 del Código Civil respecto a la solidaridad pasiva en las obligaciones etc. Detalladamente sobre estas funciones SCHROEDER Einbeziehung p 91.

⁷⁶ No se cumple el requisito cuando la cláusula de referencia sea imprecisa (STS 24.3.1983 -Ar. 1611- donde se afirma que la cláusula "acepto cantidad, vencimiento,

d) Del mismo modo, ha de ser lo suficientemente visible como para que no pueda pasar desapercibida al cliente a la hora de firmar, por ejemplo porque figure al margen o un tamaño ilegible etc⁷⁷. A fortiori, la cláusula de referencia debe figurar por encima de la firma del adherente⁷⁸.

e) La referencia debe hacerse a un texto o documento concreto en el caso de que el consumidor haya recibido varios.

f) Cuando, como en los supuestos que estamos viendo, el contrato se haya celebrado por escrito, la referencia debe hacerse por escrito. No parece suficiente una referencia oral a tenor del art. 10.1 a) LCU que se refiere concretamente al "documento contractual".

g) La referencia ha de figurar en el documento contractual. Por lo tanto, no son válidas las referencias hechas en catálogos, listas de precios, solicitudes de préstamos etc. En estos casos, la referencia deberá repetirse en el documento contractual⁷⁹.

fecha y domicilio del librador... no puede entenderse como sumisión expresa... (porque) el término aquí empleado...es insuficiente por su vaguedad e imprecisión para poder ver en él el carácter expreso que la sumisión requiere. Vid también STS 20.1.1965 -Ar. 204-).

⁷⁷ WOLF § 2.12; ULMER § 2.25.

⁷⁸ Por todos, HEFERMEHL § 2. 5.

⁷⁹ En el supuesto de que la oferta parta del adherente, se formalice en un impreso de solicitud y el contrato quede celebrado por la aceptación tácita del predisponente, habrá que considerar como documento contractual esta solicitud, de modo que si el

h) La referencia puede hacerse mediante una condición general, ya que el art. 10.1 a) LCU no exige un acuerdo individual al respecto. En la práctica, suele hacerse mediante una cláusula del tenor siguiente:

"La firma de este contrato supone la aceptación de las presentes condiciones"; "como conformidad expresa con las condiciones que figuran al dorso..."; "Las condiciones anteriores han sido leídas y examinadas por el cliente manifestando éste su plena conformidad con las mismas"; "en prueba de conformidad, ambas partes leído y aprobado el contenido del presente documento con sus condiciones generales que en el reverso, quedan redactadas en dieciocho artículos, lo firman".

Estas cláusulas de referencia plantean dos problemas. En primer lugar, su carácter de condiciones generales y en segundo lugar, su sometimiento a las normas de control del contenido. Al respecto, cabe afirmar lo siguiente:

aa) Este tipo de cláusulas son condiciones generales en sentido legal en cuanto son prerredactadas y se imponen al adherente sin que sea obstáculo para esta consideración el que estén destinadas a producir efectos en la celebración del contrato y quedan sometidas a todas las normas del derecho de las condiciones generales²².

La jurisprudencia alemana ha tenido ocasión de ocuparse de esta cuestión, y tras algunas vacilaciones

predisponente quiere ver incluidas sus condiciones generales, deberá insertarlas en dicha solicitud o facilitarlas simultáneamente con el impreso de solicitud citado o antes del plazo marcado para considerar aceptada la solicitud tácitamente.

²² Sobre el carácter de condiciones generales de las cláusulas destinadas a producir efectos antes o en la celebración del contrato vid. supra § 9.VIII.

de los tribunales inferiores⁸¹, el BGH ha mantenido el carácter de condiciones generales de estas cláusulas⁸².

bb) Estas cláusulas no plantean problemas de validez en cuanto se limiten a cumplir con la exigencia de referencia expresa establecida en el art. 10.1 a) LCU. Pero nada más. Son ineficaces, por alterar la carga de la prueba en perjuicio del adherente (art. 10.1 c) 8º LCU) en cuanto pretendan facilitar al predisponente la prueba del cumplimiento de los requisitos de inclusión (comprensibilidad, legibilidad, facilitación de un ejemplar). La prueba de éstos corresponde al predisponente y éste no puede garantizársela mediante una condición general⁸³. Por lo tanto, una cláusula como la siguiente "En prueba de conformidad con las condiciones generales que figuran en el catálogo y que me ha sido entregado con anterioridad..." o "que he comprendido en su totalidad..." sería ineficaz para garantizar el cumplimiento de los requisitos correspondientes del art. 10.1 a) LCU.

No creemos, sin embargo, que para decidir si una cláusula de este tipo invierte la carga de la prueba sea relevante el empleo de un tiempo verbal presente o

⁸¹ Vid. la sentencia del OLG Frankfurt (cit. por SCHROEDER Einbeziehung p 16 nota 17) que pretendía que una cláusula de este tipo no formaba parte de las condiciones generales porque se encontraba fuera del condicionado general que figuraba al dorso al figurar en el anverso del documento.

⁸² Vid. BOHLE "Anmerkung BGH 1.3.1982" BB 1983 p 17 y ULMER § 2.5 con suficientes indicaciones de doctrina y jurisprudencia. En cuanto a ésta última vid sobre todo S. BGH 1.3.1982 BB (1983) pp 15-16.

⁸³ Doctrina mayoritaria en Alemania vid. BOHLE BB (1983) pp 17-18; ULMER § 2. 66 ("irrelevant"); BRANDNER § 9. 98; HENSEN ZIP (1984) p 147; con matices también WOLF § 2. 47.

pasado ("me son facilitadas" o "me fueron facilitadas") lo relevante es si se hace cargar al adherente con la prueba de que el predisponente no cumplió los requisitos de inclusión⁸⁴.

No se produce una inversión de la carga de la prueba porque la cláusula recoja la "conformidad" del adherente con la incorporación al contrato de las condiciones generales puesto que según las concepciones del tráfico y como se ha señalado repetidamente, el sentido de la suscripción de un documento es precisamente manifestar la conformidad del firmante con el contenido del mismo, por lo que una manifestación en este sentido no hace sino reproducir las reglas de la prueba.

V. Los requisitos de inclusión en los contratos habitualmente perfeccionados oralmente.

1. De acuerdo con lo expuesto el tenor literal del art. 10.1 a) LCU debe ser objeto de una reducción que conduce a considerar incluidos en el mismo sólo los contratos que habitualmente se celebran por escrito. Justificada la misma, procede ahora delimitar el ámbito de la laguna que se provoca y su cobertura.

Los requisitos del art. 10.1 a) inaplicables a los contratos orales son el de facilitar un ejemplar de las condiciones generales y el de la referencia expresa en el documento contractual. No así el requisito de la

⁸⁴ Así, sin embargo, SCHROEDER Einbeziehung pp 18-19

concreción, claridad y sencillez puesto que los mismos no se ven afectados en absoluto por el carácter oral o escrito del contrato.

Para determinar a qué contratos no es de aplicación el 10.1 a) en los términos expuestos, debe acudirse a las concepciones del tráfico examinando si habitualmente existe una documentación del mismo o no. En la duda debe decidirse por la aplicación íntegra del 10.1 a), dado el carácter excepcional que supone realizar una reducción teleológica de un precepto legal.

2. De acuerdo con las consecuencias generales de la reducción, a los contratos habitualmente celebrados de forma oral deben aplicárseles las reglas generales, es decir, y del mismo modo que ha actuado en estos casos la jurisprudencia belga, francesa o inglesa y el Tribunal Supremo, las condiciones generales quedarán incluidas cuando hubieran sido conocidas por el adherente⁴³. Para concretar si ello ha sido así o no, han de tenerse en cuenta los siguientes criterios:

a) Son útiles como parámetros los requisitos del art. 10.1 a) LCU. Como veíamos, dicho precepto trata de garantizar que el cliente sepa que existen condiciones generales que rigen el contrato y el acceso físico e intelectual a las mismas.

b) Al mismo tiempo, debe tenerse en cuenta que la adhesión no ha de constar de manera expresa, bastando

⁴³ Para las correspondientes citas vid supra nota 43.

la celebración del contrato sin rechazar expresamente las condiciones conocidas para que queden incluidas, puesto que si se dan a conocer dichas condiciones es porque el predisponente pretende incluirlas en el contrato, por lo que puede afirmarse la obligación del cliente de rechazarlas expresamente en caso de que pretenda su no inclusión.

c) Por último, es importante la circunstancia de si dichos contratos suelen ir acompañados de algún tipo de documentación, (y en este caso, si la misma se entrega con anterioridad o con posterioridad a la celebración del contrato) o si el contrato se celebra habitualmente sin que quede ninguna constancia escrita.

aa) Respecto a los contratos cuya celebración suele ir acompañada de algún tipo de documentación cuando ésta se entrega previa o simultáneamente a la celebración del contrato, parece suficiente con que se inserten las condiciones generales en dichos documentos siempre que sea de esperar que el cliente los lea, lo que habrá que decidir en función de que dichos documentos contengan habitualmente informaciones de interés para el contrato o no. Con ello, se cumplirían los requisitos del art. 10.1 a) LCU salvo en lo referente a la referencia expresa en el documento contractual como documento donde se recoge el consentimiento, puesto que éste no existe. En todo caso, debe resultar claro para el adherente que se trata de condiciones aplicables al contrato.

bb) En aquellos contratos también documentados de alguna forma pero en los que dichos documentos se

entregan habitualmente tras la celebración del contrato, la inserción no es suficiente y habrá de exigirse además que se haya facilitado el conocimiento de la existencia y el contenido de las condiciones generales de alguna otra forma con anterioridad, según los criterios que se expondrán a continuación.

cc) En los contratos que carecen de documentación (sobre todo adquisiciones en establecimientos abiertos al público) el conocimiento de la existencia y contenido de las condiciones generales puede obtenerse por medio de avisos o carteles colocados de tal forma que sea razonable esperar que no pasen inadvertidos a los clientes⁶⁶. Los requisitos del art. 10.1 a) LCU son aquí de imposible exigencia.

a') Así, aplicando estas ideas puede considerarse que la colocación de carteles o avisos expuestos al público en el lugar de celebración del contrato de manera visible es suficiente cuando se colocan en la caja, o en los estantes junto al precio, a la entrada del local de manera llamativa ("Aviso" etc). No es suficiente exponer las condiciones generales en la taquilla de pago de un aparcamiento cuando el pago se realiza siempre tras la celebración del contrato)⁶⁷;

⁶⁶ Vid los requisitos exigidos para el sector de la tintorería por el RD 1453/87 de 27.11 (BOE 28.11) en su art. 4.

⁶⁷ Recientemente se han publicado las sentencias de primera y segunda instancia relativas a un supuesto de robo en un automóvil estacionado en un aparcamiento público que niegan la existencia de responsabilidad del concesionario del mismo en estos supuestos: B. VIDAL MIGUEL "El estacionamiento de vehículos y las obligaciones que asume el concesionario del aparcamiento en su caso" RJCat (1987) pp 547-551. Resulta de interés que en ninguna de las sentencias se hace referencia a la existencia o no de exclusiones expresas de responsabilidad del titular del aparcamiento por estos hechos, cuando cabe suponer que las mismas se contenían bien en el ticket que sirve de prueba del tiempo de duración de la estancia o en el propio local de negocio, lo que induce a pensar que los propios empresarios

también puede considerarse suficiente la inserción de las condiciones generales en documentos que por su contenido es de esperar que sean leídos por el cliente antes de la celebración del contrato (por ej. las cartas de los restaurantes, documentos publicitarios cuando tales son los que incitan al cliente a celebrar el contrato, presupuestos de obras y servicios, documentos donde se recoge la fecha en que el cliente puede acudir al establecimiento del empresario para celebrar el contrato -consultas de médicos o abogados- etc). Como hemos visto en todos los ejemplos transcritos nos referimos a documentos que se entregan antes o simultáneamente a la celebración del contrato, dado que tal es claramente la voluntad del legislador en el art. 10.1 a) LCU y no existe ninguna razón derivada de la "naturaleza" de las cosas para que sea distinto en el caso de los contratos-ticket.

b') No es suficiente con la inserción de las condiciones generales en documentos que se entregan sólo una vez que el contrato ha quedado celebrado, es decir, facturas, billetes, entradas y cualesquiera otros títulos de legitimación, salvo que, según los usos del tráfico dichos documentos se entreguen en un momento en el que todavía el cliente puede renunciar a contratar y sea de esperar que examine su contenido. En estos casos, en realidad lo que ocurre es que el contrato no quedará perfeccionado hasta un momento posterior²². Tampoco es

confían poco en la validez de las mismas.

²² En la práctica ello ocurre frecuentemente. En los casos de entradas de teatro, cine, espectáculos etc, si bien teóricamente el contrato habría quedado perfeccionado cuando el empleado de la taquilla entrega la entrada, a nadie le cabe duda de que el cliente puede echarse atrás cuando todavía está en la taquilla si la entrada no le gusta o si en la misma se contienen condiciones que no le gustan, por lo tanto, puede "retrasarse" sin violencia a las reglas contractuales el momento de la celebración al momento en que el cliente se retira de la taquilla. Así, se ha señalado que en estos contratos, el cliente como persona diligente debe saber que en los mismos se usan frecuentemente condiciones generales, pero no sabe, ni tiene por qué saber el contenido concreto de las mismas "consecuentemente no hay una propuesta verdadera o completa por parte de los que ofrecen bienes y servicios hasta que el billete o el recibo no se ha entregado al cliente". En este momento, el cliente está en disposición de conocer las condiciones generales, por tanto, el hecho de que el comprador retenga el billete o recibo supone la aceptación contractual. El comprador puede, en consecuencia, restituir el billete o el recibo... y exigir la devolución del precio si no desea celebrar el contrato en las condiciones ofertadas" (GORLA Riv.Dir.Comm. 1963 pp 108-128, p. 116). De acuerdo con la tesis aquí mantenida, no se trata de si

bastante con la inserción en documentos que no cabe esperar que sean leídos por los clientes (publicidad en general).

3. Respecto a la entrega de los documentos que contienen las condiciones generales ésta no ha de ser necesariamente definitiva como se exigía para los contratos habitualmente celebrados por escrito. La razón es clara, las condiciones generales en estos casos tienen, como vimos, una extensión mucho menor y las relaciones contractuales no se prolongan excesivamente en el tiempo, por lo que la función de publicidad queda perfectamente atendida con que se hayan "enseñado" las mismas.

Es igualmente aplicable a estos contratos lo dicho respecto a las condiciones introducidas en virtud de una novación del contrato (supra IV).

4. Por último, conviene hacer un breve comentario de la regulación de los requisitos de inclusión para este grupo de casos en el AP. En particular, resulta criticable que el art. 4 III exija que cuando no sea posible la entrega del documento que contiene las condiciones generales, el predisponente haga "en el momento de la perfección del contrato expresa mención de ellas". El requisito es, a todas luces, excesivo para los contratos que carecen de cualquier tipo de documentación, puesto que obliga al predisponente a hacer una mención oral cada vez que contrate, de las condiciones que pueden figurar en un cartel o aviso expuesto al público. No lo es tanto para aquellos en los que existe algún tipo de documentación que se entrega con anterioridad o en el momento de la perfección del contrato, puesto que la "mención" de las cláusulas puede hacerse mediante una condición general recogida en el documento probatorio. Resulta curioso, sin embargo, que

la reacción del taquillero entregando el ticket que contiene condiciones generales constituye una contraoferta o no, sino de determinar el momento de celebración del contrato.

habiendo seguido muy de cerca la regulación de la AGB-G en todo el texto, los autores del anteproyecto se hayan apartado en este punto de la regulación de los requisitos de inclusión recogida en el § 2 de la ley alemana, la cual, dispensa precisamente en estos supuestos al predisponente de la obligatoriedad de hacer una referencia expresa a las condiciones generales, siendo suficiente la colocación en un lugar visible de las mismas.

VI. Requisitos de legibilidad y comprensibilidad de las condiciones generales.

1. El art. 10.1 a) LCU exige que las condiciones generales estén redactadas con concreción, claridad y sencillez con posibilidad de comprensión directa²². Esta norma es aplicable tanto a los contratos que habitualmente se celebran por escrito como a los que se celebran de modo oral. Con estos requisitos el legislador pretende hacer frente a un estado de cosas en la utilización de condiciones generales claramente insatisfactorio. Los condicionados generales, especialmente los contenidos en formularios de contratos, suelen presentarse con una redacción ambigua, asistemática, plagada de tecnicismos, de remisiones internas, de imprecisiones en los términos empleados, de generalizaciones etc. que dificultan cuando no imposibilitan que el adherente pueda hacerse una composición de lugar respecto a las obligaciones que

²² De forma similar, el art. 4 I AP establece que "las condiciones generales de la contratación deberán redactarse de manera clara y precisa. Siempre que sea posible, quien aplique las condiciones generales deberá proporcionar una información clara, veraz y suficiente de las mismas a la otra parte contratante, de manera que ésta pueda conocerlas usando una diligencia ordinaria".

asume al contratar o las consecuencias de su actuación durante la vida del contrato.

Los instrumentos para combatir tal estado de cosas son básicamente, el precepto que comentamos e indirectamente la aplicación de la regla contra proferentem en el ámbito de la interpretación⁹⁰.

El requisito de la legibilidad y comprensibilidad es un requisito de incorporación de las condiciones generales al contrato con idéntico valor y en el mismo sentido que lo son los que hemos analizado hasta ahora de forma que su incumplimiento genera la no incorporación de las condiciones generales afectadas.

De ahí que la formulación de este requisito en el art. 4 AP no resulte satisfactoria. El párrafo primero ("las condiciones generales de la contratación deberán redactarse de forma clara y precisa") está descolgado del resto del precepto y plantea dudas acerca de su normatividad, en cuanto que se impone un mandato sin que se establezca la consecuencia jurídica que sólo aparece en el segundo párrafo y para el incumplimiento del requisito de facilitar un ejemplar de las condiciones generales. Dicha sensación de falta de normatividad se acentúa por el hecho de que uno de los autores del anteproyecto, al comentar el art. 10.1 a LCU -de donde proceden las modificaciones introducidas en el AP en relación con la versión del mismo de 1984-, afirmó que dicho requisito sólo tenía una función educativa⁹¹.

⁹⁰ Estas exigencias debe conducir a una elevación de la calidad jurídica de las condiciones generales que circulan en el tráfico, hoy todavía muy imperfectas desde el punto de vista técnico. dicho perfeccionamiento, logrado gracias en parte a la legislación de condiciones generales en otros países (vid P. ULMER ADC (1988) p 783) proporciona una mayor seguridad jurídica del mismo modo que las leyes técnicamente más perfectas.

⁹¹ Nos referimos a DUQUE 3 EC (1984) p 66: "la buena intención del legislador español difícilmente se realizará en muchos supuestos en la práctica pues el carácter técnico de las prestaciones y de las circunstancias que rodean su consumo o su funcionamiento será ya de por sí un obstáculo para que el consumidor medio pueda alcanzar la comprensión directa de estas

El mismo párrafo recoge la obligación del predisponente de facilitar información veraz al cliente sobre el contenido de las condiciones generales cuando ello "sea posible" y añade -traído del Codice civile- el famoso estándar de la posibilidad de conocimiento desplegando una diligencia ordinaria. A nuestro juicio, en tal redacción su valor normativo es muy escaso y deja un gran margen a la discrecionalidad judicial, por lo que nos permitimos dudar de su eficacia práctica.

La justificación del requisito es bastante sencilla. Resulta imprescindible tanto desde el punto de vista de la función de transparencia como desde la función de publicidad, puesto que si las cláusulas no son legibles o comprensibles se imposibilita el conocimiento correcto (y la adaptación de conducta consiguiente) por parte del adherente.

Además, las cláusulas difícilmente comprensibles o que inducen a confusión del adherente sobre la situación legal, presentan un riesgo agravado respecto a las demás condiciones generales y éste consiste en que permiten al predisponente actuar estratégicamente en la fase preprocesal de la vida del contrato en cuanto le otorga una mayor discrecionalidad en su aplicación frente a consumidores poco informados.

Un ejemplo de este tipo lo encontramos en el enjuiciado en la S. BGH 23.3.1988 (NJW 1988, 1726) en el que el Tribunal Supremo alemán declaró la nulidad de unas condiciones contenidas en una "garantía" alegando que por su redacción y por las circunstancias en las que se producía su entrega al consumidor, se hacía creer a éste que sus derechos se limitaban a los reconocidos en la garantía, cuando, según hemos visto la situación legal es distinta, en cuanto la entrega de una garantía del fabricante no afecta -salvo que así se establezca expresamente en el contrato de compraventa- a la responsabilidad por vicios ocultos del vendedor frente

cláusulas...aunque no tenga mas que una función educativa". Obviamente, en nuestra opinión y aún admitiendo que el precepto trata de influir sobre el comportamiento de los que utilizan condiciones generales, el incumplimiento de la norma va acompañado de una sanción, la no inclusión, que hace que el precepto sea perfectamente homogéneo con cualquier otro, sanción que no aparece tan clara en el texto del anteproyecto. Por lo demás, todas las normas que tratan de modificar la realidad social a la que se aplican, persiguen también una "función educativa", en el sentido de tratar de modificar conductas.

al comprador.

2. Su aplicación práctica exige, en primer lugar, la delimitación de los ámbitos de aplicación del art. 10.1 a) y de la regla contra proferentem. En segundo lugar, su concreción caso por caso lo que implica el establecimiento de criterios que garanticen una aplicación de la norma compatible con la previsibilidad y seguridad jurídicas.

En relación con la regla contra proferentem (arts 1288 CC y 10.2 I LCU) ésta y la regla que ahora examinamos tienen finalidades y ámbitos de aplicación distintos.

a) En cuanto a la finalidad, el requisito de la transparencia pretende influir sobre el predisponente en la fase de redacción o preparación del clausulado. No es un requisito referido al contrato concreto (como puede ser la entrega del documento que contiene las condiciones generales) sino al acto de predisposición como "acto de iniciativa económica"⁹². La regla contra proferentem en cuanto se enmarca en el contrato concreto tiene como finalidad resolver dudas de la forma más

⁹² ROPPO Contratti standard pp 128-146. Esta calificación puede tener trascendencia a efectos, por ejemplo, del Derecho antimonopolístico, en cuanto como tal acto de predisposición puede ser objeto de prohibición en cuanto suponga un acuerdo entre diversos empresarios para establecer condiciones uniformes en perjuicio de los consumidores. Por acto de predisposición debe entenderse no necesariamente el de redacción de las condiciones generales pero tampoco el de utilización en un contrato concreto, sino aquel por el que se manifiesta de forma seria la voluntad del empresario de utilizar determinadas condiciones generales.

"justa" posible, aunque no quepa duda de que indirectamente tiene efectos "preventivos". En otras palabras, la exigencia de comprensibilidad es un elemento de control de las condiciones generales y la regla contra proferentem de interpretación.

b) En cuanto al ámbito de aplicación, el requisito de la legibilidad y comprensibilidad debe aplicarse a aquellas condiciones generales que consideradas en su conjunto estén redactadas de tal modo que el conocimiento de su contenido no pueda alcanzarse por el consumidor sin esfuerzos extraordinarios, y a cláusulas singulares que no puedan ser entendidas de ningún modo razonable o bien puedan serlo de muy diferentes formas, mientras que la regla contra proferentem quedaría reservada para cláusulas singulares que resulten ambiguas en algún punto concreto⁹³.

La expresión del art. 10.1 a) LCU que examinamos, contiene, a nuestro juicio, cuatro exigencias básicas dirigidas al empresario que utiliza condiciones generales.

a) Exigencia de transparencia: queda recogida en el precepto como "claridad y sencillez" y es parte de lo que la doctrina alemana denomina Transparenzgebot⁹⁴.

⁹³ Vid. más detalladamente J.ALFARO RDM (1987) pp 14-15 con ejemplos.

⁹⁴ Vid. ULMER §§ 2.50 y 5.1. En la jurisprudencia alemana, con el requisito del Transparenzgebot se hace referencia en general a la necesidad de que las condiciones generales informen correctamente al adherente de su situación, por lo que su contenido es más amplio que lo que en el texto se ha señalado, ya que puede incluir también la exigencia de comprensibilidad. Por otro lado, la exigencia de transparencia ha sido

Esta exigencia trata de lograr que las condiciones generales estén redactadas de forma clara e inequívoca de manera que sean aptas para proporcionar al cliente la información que pretenden contener.

b) Exigencia de concreción: (Konkretisierungsgebot) hace referencia a la necesidad de que las cláusulas que reservan derechos al predisponente o imponen obligaciones al adherente tengan sus contornos perfectamente definidos⁹⁵, de forma que pueden resultar ineficaces cuando al establecerlos de manera excesivamente general resulte difícil determinar exactamente el contenido de los mismos. Estas cláusulas resultan fácilmente abusivas porque permiten ser interpretadas como reconocedoras de derechos exorbitantes al predisponente, aún cuando contuviesen un núcleo legítimo, porque la defectuosa delimitación de éste impide interpretarla de manera inequívoca en ese sentido. Este principio trata de impedir que el predisponente pueda obtener ventajas de la formulación

utilizada por la jurisprudencia alemana no sólo como instrumento para negar la incorporación de las condiciones al contrato sino también como medida de control del contenido. Es decir, se ha considerado que se perjudica al cliente en contra de las exigencias de la buena fe cuando la configuración de la cláusula dificulta al cliente la comprensión de su situación contractual. El ejemplo más característico es el de las cláusulas relativas a precios e intereses que modifican (porque contienen añadidos) el precio que figura al comienzo del contrato (Sobre esta tendencia jurisprudencial vid. recientemente J. KÖNDGEN "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht" NJW (1989) p 943 ss especialmente 944-945).

⁹⁵ Vid H.E. BRANDNER "Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz" 10 Jahre pp 46-47; ERMANN/HEFERMEHL § 2.15.

de la cláusula derivadas de su carácter vago o poco preciso de manera que le dejen un ámbito a la interpretación discrecional de la cláusula.

Puede verse como ejemplos el de la sentencia del BGH de 21. 12.1983 (NJW 1984 p 1182): El tribunal de apelación había considerado que una cláusula que reservaba al concedente (en un contrato de concesión) la facultad de alterar los límites de la zona concedida no era abusiva porque en todo caso habría de entenderse que el concedente sólo podía pretender su aplicación teniendo en cuenta adecuadamente los intereses del concesionario. El BGH tras afirmar que el Derecho dispositivo también está compuesto por los principios jurídicos que informan las instituciones señala que dicha reserva de modificación se aparta del principio de la vinculación de ambas partes a lo pactado y la necesidad de mutuo acuerdo para su modificación, para lo cual resulta insuficiente una condición general como la establecida, alegando que el concesionario no podía a la luz de la misma determinar en qué circunstancias tenía derecho el concedente a variar la zona de exclusiva y en cuales no⁹⁶, puesto que la cláusula únicamente señalaba como causas de modificabilidad el que el concedente considerara que el mercado no estuviera suficientemente cubierto o que las ventas no fueran suficientemente altas. Una cláusula de este tipo sólo sería eficaz si estableciese las razones por las que el concedente podía hacerlo y las estableciese no de forma genérica sino concreta (vid también S.BGH 26.11.1984 NJW 1985 pp 623). También puede verse la cláusula contenida en muchos préstamos hipotecarios que permite resolver al banco en caso de que el adherente incumpla cualquiera de las obligaciones contenidas en el contrato.

⁹⁶ Dice el BGH: "Una regulación con este contenido que hubiera sido recogida en un acuerdo individual no sería objetable porque estaría cubierta por el principio de la libertad contractual. Ahora bien, en condiciones generales, el principio de la vinculación de ambas partes al contrato, que representa un principio fundamental de un sistema contractual operativo y que asegure la equivalencia de las prestaciones recíprocas... sólo podría ser derogado cuando la cláusula aduzca graves razones para permitir la modificación y establezca sus presupuestos y sus consecuencias de una manera reconocible y respetando los intereses legítimos de la otra parte" (p 1183). Obsérvese nuevamente la importancia que se otorga a la transparencia como elemento imprescindible para el funcionamiento correcto del mercado. Aquí el tribunal no critica un pacto por el que se prevea la posibilidad de modificación, sino que destaca que lo importante es que el concesionario pudiera saber cuándo y en qué magnitud le podía ser alterada su zona de "exclusiva".

c) Exigencia de legibilidad. No aparece expresamente recogida en el art. 10.1 a) LCU, pero es un presupuesto de la comprensibilidad, puesto que la ilegibilidad veda la posibilidad de captar el contenido de la cláusula.

Dicho requisito venía ya siendo exigido por la jurisprudencia en el marco del art. 57 LEC (Puede verse la STS de 16.7.1982 (Ar. 4248)) y está muy extendido lógicamente en el Derecho comparado⁹⁷.

La ilegibilidad puede venir provocada por el tamaño de la letra -no en vano se denomina a las condiciones generales como "letra pequeña"- o por la escasa calidad de impresión del texto⁹⁸.

d) Exigencia de comprensibilidad. Está recogida en el 10.1 a) con la expresión "posibilidad de comprensión directa".

aa) Para determinar si unas condiciones generales son o no comprensibles debe utilizarse como patrón la figura del adherente medio⁹⁹. La razón es clara y ha sido apuntada ya al examinar la distinta finalidad de la comprensibilidad como requisito de inclusión y la de la

⁹⁷ Vid para Francia H. BRICKS Les clauses abusives p 177; para Bélgica ROMMEL L'obligation de renseignement p 18; para Alemania vid. Expos. de Motivos de la AGB-G § 2 "mühe los lesbar" y S. BGH NJW (1983), 2772, donde se negó la inclusión de unas condiciones generales porque sólo podían leerse con lupa y aún así no sin dificultad.

⁹⁸ El RD 1453/87 de 27.11 (BOE 28.12) exige que los caracteres del aviso al público que contiene condiciones contractuales tengan un tamaño "no inferior a 7 milímetros" (Art. 4.1).

⁹⁹ Así ULMER § 2.51; KÖTZ MünchKomm § 2.14 a) por toda la doctrina alemana.

regla contra proferentem. La norma que examinamos es un requisito del acto de predisposición del empresario. Se trata de influir sobre éste en el momento en que las redacta, momento fuera de la fase de celebración de cada contrato concreto. De aceptarse la tesis contraria¹⁰⁰, al predisponente sólo le sería posible cumplir con esta exigencia redactando las cláusulas al nivel de comprensión del eventual cliente con inferior capacidad intelectual, puesto que de otro modo, no quedarían incluidas en todos los contratos. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que redacciones de condiciones generales con "todas las explicaciones pertinentes" pueden tener efectos contrarios a los perseguidos, esto es, provocar mayores dificultades de comprensión en cuanto alargan excesivamente los clausulados. Por lo tanto, el juez, para decidir si unas condiciones generales en su conjunto o unas cláusulas son susceptibles de "comprensión directa", habrá de tener en cuenta circunstancias típicas como el tráfico en el que se van a utilizar (por ej. contratos que se celebran habitualmente con consumidores dotados de conocimientos específicos o contratos que "cualquiera" celebra) o la forma genérica de celebración del contrato (así, parece lógico establecer una mayor exigencia de

¹⁰⁰ Mantenido entre nosotros por R. BERCOVITZ Estudios p 194: "Ello obliga a tener en cuenta el tipo de consumidor (su mayor o menor cualificación) el tiempo del que ha dispuesto para la lectura (si las condiciones se le entregan en el momento de firmar habrá que ser muy exigente) la longitud y complejidad del texto". Siguiendo a Bercovitz aunque con más dudas M.A. LOPEZ-SANCHEZ RGLJ (1987) pp 637-638.

comprensibilidad a condiciones generales que el cliente -en general, no cada cliente- va a ver durante segundos que a aquéllas respecto de las que el cliente va a disponer de más tiempo para examinarlas).

bb) La incomprensibilidad puede predicarse de unas condiciones generales en su conjunto cuando las cláusulas estén recogidas sin ningún orden o clasificación, por ejemplo, porque no vayan precedidas de rótulos que faciliten la búsqueda¹⁰¹; cuando empleen un lenguaje excesivamente técnico sin que éste resulte imprescindible¹⁰²; cuando contengan gran cantidad de remisiones internas de unas cláusulas a otras, de forma que para hallar la regulación de un determinado supuesto sea necesario recorrer el formulario entero, o contradicciones entre cláusulas o cuando el mismo texto se utilice para diferentes tipos de contratos y no se adapte al contrato celebrado efectivamente o las que tienen una extensión excesivamente larga para el tipo de contrato celebrado¹⁰³.

cc) Cláusulas concretas pueden resultar incomprensibles cuando cabe interpretarlas en muchos

¹⁰¹ "No se puede exigir al adherente que para encontrar la regulación aplicable a un determinado punto tenga que leerse todas las condiciones generales" SCHLOSSER § 2.28.

¹⁰² Contra R.ILLESCAS "El lenguaje de las pólizas de seguro" en Comentarios a la ley de contrato de seguro dirigidos por E. Verdura, vol I Madrid, 1982 p 360. quien a nuestro juicio, de forma excesiva, exige que no se utilicen expresiones técnicas o que de hacerlo así, se añada un "glosario inteligible por el profano".

¹⁰³ Vid todos estos ejemplos en SCHLOSSER § 2.29 y ULMER § 2.52.

sentidos o resulta muy difícil que el cliente pueda hacerse una mínima composición de lugar sobre sus derechos y obligaciones, por ejemplo porque se remitan a disposiciones legales¹⁰⁴ o porque se utilicen palabras o expresiones con un significado diferente del que tienen en el uso normal del lenguaje sin aclarar dicho significado especial¹⁰⁵.

§ 15. LA REGLA DE LAS CLAUSULAS SORPRENDENTES

I. Introducción: el § 3 AGB-G y el art. 5 AP.

1. El art. 5 del Anteproyecto de ley de Condiciones Generales de la Contratación introduce una novedad en el Derecho español, recogiendo -como en la mayor parte de su articulado- la experiencia alemana: la regla de las cláusulas sorprendentes, que tiene la consideración de un requisito negativo de inclusión que se añade a los estudiados hasta aquí. Dicho precepto reproduce casi literalmente el § 3 AGB-G y establece que

¹⁰⁴ Vid. ejemplos y más detalles sobre las remisiones a disposiciones legales en J. ALFARO RDM (1987) p 15. Sobre el carácter incomprensible de las cláusulas "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" vid infra § 18.VI.

¹⁰⁵ KLIEGE Rechtsprobleme p 22 quien pone como ejemplo la referencia a "ordenanzas" que en realidad no son normas jurídicas. Un supuesto en cierta medida similar lo constituye el empleo de los términos "oficial", "en vigor" que emplean frecuentemente empresas privadas para referirse a sus propias condiciones generales. Así, en la sentencia de 28.4.1978 (Ar. 1460), el TS entendió que la referencia a las "tarifas oficiales" en unas condiciones generales era válida e implicaba sumisión a las tarifas del vendedor.

"no se considerarán incluidas en los contratos aquellas cláusulas de las condiciones generales de la contratación que, de acuerdo con las circunstancias y, en especial, con la naturaleza del contrato, resulten tan insólitas que el contratante sometido a las condiciones generales no hubiera podido contar razonablemente con su existencia"¹⁰⁶.

La LCU no contiene regla semejante aunque como veremos, la idea que late tras la no inclusión de este tipo de cláusulas ha quedado recogida en algunos de sus preceptos.

La regla de las cláusulas sorprendentes tiene su origen en la jurisprudencia alemana que utiliza por primera vez el término "sorprendente" en la sentencia del BGH de 28.2.1973¹⁰⁷.

Aunque la concreta configuración de la regla es de origen alemán, la misma se halla extendida en el derecho comparado. Así, recientemente la misma regla ha sido incorporada al derecho inglés considerándose como caso-modelo en este punto el Interfoto Picture v. Stiletto Visual Programmes. En Derecho inglés la regla se denomina red hand rule y se formula diciendo que "algunas cláusulas necesitarían estar impresas con tinta roja apuntándolas con una mano roja para que pudiera decirse que se dieron a conocer al adherente de manera suficiente" como para considerarlas incorporadas al contrato. Como es sabido, la regla utilizada en derecho inglés para decidir si una cláusula de condiciones generales ha quedado o no incorporada a un contrato consiste en preguntarse si el predisponente dió a conocer suficientemente a la otra parte la existencia de dicha cláusula. Dicha regla se utiliza en los casos de las cláusulas contenidas en facturas, billetes, tickets etc. La red hand rule supone -igual que la regla de las cláusulas sorprendentes- establecer unos requisitos de inclusión más estrictos para determinadas cláusulas. En concreto, se señala que cuando una cláusula es especialmente unreasonable o unusual, debe llamarse

¹⁰⁶ El texto alemán es idéntico salvo que en lugar de la naturaleza del contrato habla de su "Erscheinungsbild".

¹⁰⁷ NJW (1973) p 990s. El BGH dijo textualmente: No pueden pretender validez jurídica aquellas cláusulas cuya existencia en el contrato signifique una sorpresa para el cliente".

especialmente la atención del cliente para que no pueda pasarle desapercibida. El test, al igual que en el Derecho alemán, consiste en preguntarse si el adherente puede esperar encontrar una cláusula semejante en el contrato. Como se verá, pues, estamos ante el mismo supuesto: cláusulas que son susceptibles de producir un efecto sorpresa en el cliente y que no quedan incluidas salvo que se elimine el mismo mediante una referencia clara y específica a la condición¹⁰⁸.

De modo similar, en el Derecho norteamericano "la suscripción de un documento supone consentimiento a su contenido salvo... (3) que la otra parte (el predisponente) tenga razones para creer que la parte que manifiesta su consentimiento no lo hubiera hecho si hubiera sabido que el documento contenía alguna cláusula en particular". Entre las razones que se citan como ejemplo para considerar que el adherente no hubiera firmado son la de que la cláusula en cuestión deje sin sentido las cláusulas expresamente acordadas o aquellas que eliminan la finalidad principal de la transacción¹⁰⁹.

2. El contenido básico de la norma consiste en negar la inclusión en el contrato de aquellas cláusulas de condiciones generales cuya existencia provoca una sorpresa en el adherente. Se trata de una disposición que responde perfectamente al particular modo de contratar que supone el empleo de condiciones generales. En efecto, el legislador parte de la consideración de

¹⁰⁸ Vid. ampliamente sobre la regla de la red hand E. MACDONALD "The Duty to give Notice of Unusual Contract Terms" JBL (1988) pp 375-385. En todo caso deben señalarse dos cosas, en primer lugar que la regla en Derecho inglés, no sólo se refiere a las cláusulas sorprendentes sino que se aplica también a cláusulas especialmente abusivas; en segundo lugar, y tal como se indica en el texto, es un desarrollo de la regla que exige respecto de las cláusulas contenidas en documentos no firmados que el predisponente llame la atención de modo suficiente respecto de las mismas como requisito de inclusión. De forma que la regla no se aplica cuando la cláusula unusual se encuentra en un documento firmado lo que supone una diferencia sustancial con la concepción de la regla en derecho alemán. Ahí -y salvo la aplicación de la UCTA- la regla signing is binding sigue funcionando. Vid MACDONALD JBL (1988) p 385.

¹⁰⁹ Restatement of contracts § 211 (2. ed 1979) apud RAKOFF 96 Harvard L. Rev (1983) pp 1191-1192.

que el adherente carece de un interés que le impulse examinar detalladamente las condiciones generales antes de proceder a la firma del contrato. Dicha actitud provocada por la inferioridad motivacional del adherente no le convierte en un consumidor negligente o irracional, sino que, como creemos haber demostrado, sería precisamente una actuación contraria la que habría de calificarse de ineficiente¹¹⁰. El legislador justifica, por tanto, esta actitud y protege al adherente frente a las consecuencias perjudiciales que de la misma podrían desprenderse. La regla de las cláusulas sorprendentes supone -dentro del control de la inclusión- una defensa de "vanguardia" respecto al núcleo de la protección que, obviamente, es el control del contenido¹¹¹. La protección añadida que proporciona esta regla respecto al control del contenido se basa pues, en la idea de que las condiciones generales pasan a formar parte del contrato en bloque, y que el adherente no conoce exactamente el contenido de las mismas, por lo que debe poder confiar en que el condicionado contenga únicamente las cláusulas que él puede esperar, de acuerdo con las circunstancias que rodean la celebración y el tipo de contrato

¹¹⁰ Vid supra § 6.III. LINDACHER § 3.1.

¹¹¹ Vid BRAUN BB (1987) p 690, quien desde presupuestos económicos considera que la regla de las cláusulas sorprendentes está prevista para aquellos casos en los que la competencia funciona tan mal que no sólo no puede impedir que se incluyan condiciones abusivas sino incluso condiciones insólitas.

celebrado¹¹². La finalidad de la norma es, por tanto, proteger la confianza en que el tráfico con condiciones generales se desarrollará de forma honrada, en particular la de clientes desinformados o ingenuos frente al efecto de ocultamiento (Verheimlichungseffekt) asociado al empleo de condiciones generales que permite incluir en el contrato cláusulas con las que el cliente no tiene por qué contar¹¹³. De todo ello, se desprende claramente la estrecha ligazón existente entre la prohibición de cláusulas sorprendentes y las exigencias de la buena fe, como forma de comportamiento leal de contratantes honrados. En definitiva, y de acuerdo con lo que se expuso en el capítulo 1, la regla de las

¹¹² Exp. de Motivos de la ley alemana § 3 que añade: "se exigiría demasiado al cliente si su declaración fuera tratada de la misma forma que si se tratase de una declaración de voluntad en un contrato negociado". Vid también RAISER Recht der AGB p 177: "In der Tat wird der Kunde die Risikoerklärung meist in der Erwartung abgeben, dass die AGB eben den bei Geschäften dieser Art üblichen Inhalt haben". Respecto al Verheimlichungseffekt vid. KLEGE Rechtsprobleme pp 19 ss. y supra § 3.III. Resulta curioso comprobar como, ya en 1910, un autor francés había llamado la atención sobre las cláusulas que hoy se denominan sorprendentes (G. DEREUX Rev. Trim. Dr. Civil 9 (1910) pp 503-544 esp. pp 527ss). Este autor señalaba que las condiciones generales venían a tener normalmente un significado accesorio y "les clauses accessoires ne doivent produire d'effet juridique contre l'adherent que si elles ont pur résultat de préciser ou de compléter les clauses essentielles, mais non si elles viennent métamorphoser subrepticement l'essence du contrat. Car elles n'ont été acceptées par l'adherent qu'avec cette restriction tacite. Admettre qu'une stipulation présentée au public comme accessoire puisse dans une large mesure rendre illusoire l'acte passé, ce serait violer tout à la fois une véritable condition tacite du contrat et le principe même du respect de la bonne foi" (pp 527-528). Cifr. con lo que se afirma en el texto respecto a las cláusulas ocultas o las que alteran el tipo contractual.

¹¹³ ULMER § 3.2; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 98.

cláusulas sorprendentes responde perfectamente a la idea de que respecto a los elementos esenciales del contrato, el cliente debe prestar su consentimiento en sentido estricto, sin que sea suficiente a tal efecto que se recojan en condiciones generales. Es, pues, una manifestación clara de que el legislador reconoce que el adherente no presta su consentimiento -como acto de autodeterminación- a las condiciones generales.

II. Cláusulas sorprendentes en Derecho español.

1. Aunque como hemos dicho, la LCU no recoge expresamente la regla de las cláusulas sorprendentes, hay datos en la misma y en el resto del ordenamiento, que permiten deducir que en todo caso dichas cláusulas podrían ser declaradas nulas vía cláusula general de "buena fe y justo equilibrio de las prestaciones"¹¹⁴.

a) En primer lugar, podrán declararse nulas todas aquellas cláusulas que además de sorprendentes sean abusivas.

b) En segundo lugar y más concretamente, creemos que una interpretación de la referencia del art. 10.1.c) LCU a la buena fe y, sobre todo, al justo equilibrio de las contraprestaciones acorde con el sistema económico consagrado en la Constitución debe conducir a entender que el mismo se refiere precisamente al grupo de supuestos que nosotros denominaremos aquí como de

¹¹⁴ Lo admite expresamente R. BERCOVITZ Estudios p 194.

cláusulas que alteran el precio pactado (infra VIII. 2 b) ee)). El justo equilibrio al que se refiere la ley es el que resulta del acuerdo individual entre empresario y consumidor. Las condiciones generales no pueden alterar válidamente dicho equilibrio.

Esta es -en contra de una doctrina que amenaza con convertirse en "mayoritaria"- la única interpretación de la expresión legal que evitaría el carácter inconstitucional del art. 10.1 c) de la LCU, por atentar contra los principios básicos de lo que se ha denominado "constitución económica", básicamente por atentar contra el derecho a la libertad de empresa y la economía de mercado (art. 38 1ª frase CE). En efecto, si interpretamos el precepto en el sentido que propone la doctrina española y entendiéramos que también pueden declararse nulas las cláusulas predispuestas que establezcan el precio y el objeto de la prestación, estaríamos convirtiendo a los jueces en "comisarios de precios". Esta norma no puede alterar los principios básicos de la economía de mercado y servir de legitimación a los jueces para corregir los precios de los productos, tarea que en nuestro sistema está asignada a la competencia¹¹⁵. Efectivamente, la ley de consumidores no excluye expresamente a tales elementos esenciales del control del contenido como si hace la ley alemana (§ 8), pero tal exclusión no es necesaria porque la ilegitimidad del control judicial de los precios y las prestaciones deriva de la propia constitución¹¹⁶.

c) En tercer lugar, en la lista de cláusulas prohibidas de la LCU hay algunos preceptos que recogen supuestos típicos de cláusulas sorprendentes por falta de transparencia. Así, por ejemplo: El art. 10.1 c) 5º LCU exige para que sean lícitos los incrementos de precios por prestaciones accesorias, que éstas sean "susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad y separación". Se

¹¹⁵ Vid supra § 9.V. En el sentido criticado en el texto, por todos, R. BERCOVITZ Estudios p 200.

¹¹⁶ La doctrina alemana, en efecto, ha señalado que el § 8 de la AGB-G podría haberse omitido sin problemas (KOCH/STUBING § 8.4).

trata de uno de los supuestos que nosotros encuadraremos como cláusulas sorprendentes por atentar contra la autonomía del contrato (infra VIII 2 b) dd)), en cuanto que subrepticamente se obliga al cliente a celebrar un contrato sobre prestaciones no solicitadas. El parentesco de esta norma con la regla de las cláusulas sorprendentes se refuerza, por un lado, si tenemos en cuenta que respecto al nuevo contrato, el Derecho exige que haya consentimiento en sentido estricto, y al recogerse en condiciones generales, tal consentimiento no existe; y por otro si comprobamos que a diferencia con lo que ocurre normalmente con cláusulas abusivas, la nulidad puede evitarse mediante una información expresa del predisponente al adherente sobre el contenido y el significado de la cláusula.

d) En cuarto lugar, la preocupación del legislador por lograr una mayor transparencia en las condiciones contractuales se refleja en otras normas de la LCU. Dentro del ámbito del Cap III, el art. 10.5 LCU ordena a los poderes públicos que velen por "la transparencia de los precios y las condiciones de los servicios postventa de los bienes duraderos" y el art. 8 LCU -sobre todo- declara vinculantes para el empresario sus afirmaciones publicitarias. Este supuesto puede enmarcarse en los casos de cláusulas sorprendentes por las circunstancias que rodean la celebración del contrato (infra VIII 2 a) aa)). En efecto, cuando la ley integra el contrato con la publicidad, está protegiendo las expectativas del cliente generadas por la publicidad, consecuentemente,

debe negarse la eficacia a aquellas condiciones generales que la contradigan, a salvo de que éstas fueran más beneficiosas para el cliente (art. 8.II LCU). En este ámbito debe recordarse la regla del art. 3 I in fine LCS, que precisamente para las cláusulas que limiten los derechos de los asegurados exige que se destaquen especialmente y que sean específicamente aprobadas por escrito, lo que demuestra la preocupación del legislador por aumentar el grado de transparencia cuando se trata de condiciones que empeoran la posición del adherente.

e) Por último, en muchos casos -algunos de los cuales han sido expresamente decididos en este sentido por la jurisprudencia- bastan las reglas generales sobre la existencia de consentimiento para considerar ineficaces las cláusulas sorprendentes, porque no pueda afirmarse que ha existido consentimiento del adherente respecto a las mismas, imprescindible para la validez de aquellas cláusulas que regulen los elementos esenciales del contrato. La doctrina de la causa puede ser útil en este punto, tal como ha sugerido la doctrina¹¹⁷, en la medida en que el contenido de las cláusulas sorprendentes -según hemos expuesto- carece en muchas ocasiones de causa.

La idea de política jurídica que late detrás de la regla de las cláusulas sorprendentes se encuentra por lo demás, recogida en numerosos preceptos del Código Civil. Basta para ello hacer un recorrido somero por todos aquellos preceptos del mismo que exigen una declaración expresa y terminante del contratante para conceder efectividad a una derogación de lo "normal",

¹¹⁷ Vid infra en este epígrafe 2 b).

valga la expresión. Muchos preceptos del Código Civil establecen cautelas "incomprensibles" para admitir la derogación de preceptos de Derecho dispositivo, o bien limitan el alcance de la derogación. Tales cautelas pueden explicarse perfectamente si entendemos que los codificadores pretendían hacer frente a la práctica notarial anterior al Código que tendía a eliminar mediante la introducción en los formularios de "cláusulas de estilo" todas las garantías que correspondían al comprador, o a establecer renunciaciones amplísimas de derechos que suponían dejar absolutamente indefenso a una de las partes. El legislador, igual que hoy con la regla que examinamos, aún admitiendo que los particulares deroguen el Derecho dispositivo, pretende que ello se haga en virtud de un consentimiento real de ambas partes y no por la vía de cláusulas que, como explicará de Castro, ni siquiera eran conocidas por los contratantes.

a) Así, por ejemplo, en la regulación del saneamiento por evicción, y tras la admisión de los pactos por los que se excluya tal responsabilidad (art. 1476 CC), el 1477 CC establece que "cuando el comprador hubiese renunciado el derecho al saneamiento para el caso de evicción, llegado que sea éste, deberá el vendedor entregar únicamente el precio que tuviere la cosa vendida al tiempo de la evicción, a no ser que el comprador hubiese hecho la renuncia con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias". Obsérvese que, a pesar de existir pacto de renuncia a la evicción, el legislador limita sus efectos y no le da un valor general a dicho pacto si no consta que el comprador aceptó dicho pacto con pleno conocimiento, es decir, si podía garantizarse la eliminación de lo que en la regla que estudiamos hemos denominado "efecto sorpresa". Es probable que los formularios de compraventas del siglo pasado estuvieran repletos de cláusulas de estilo en las que el comprador renunciaba de manera general a exigir cualquier responsabilidad en caso de evicción y el legislador pretende impedir la validez de las mismas con un alcance amplio^{11*}. Sólo con el art. 1477 CC podría fundamentarse la nulidad de la renuncia al saneamiento por evicción cuando la misma se contenga en condiciones generales, porque en ningún caso puede afirmarse que la adhesión a las mismas cumpla el requisito exigido por el precepto de que el comprador renuncie "con conocimiento de los riesgos de la evicción y sometiéndose a sus consecuencias".

b) A la misma idea de política legislativa responde el art. 1283 CC en materia de interpretación de los contratos cuando establece que "cualquier que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos

^{11*} Esta idea nos ha sido sugerida por el prof. Morales Moreno. Otro ejemplo pueden ser el art. 1137 CC respecto a la solidaridad.

diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar". García Goyena, al comentar este precepto señala que tiene conexión con el art. 4 sobre la nulidad de las renunciaciones generales. Es presumible que en los formularios contractuales se encontraran frecuentemente renunciaciones a derechos en términos muy generales y el legislador pretende acotar dicha renuncia porque efectivamente faltaba una voluntad del que renunciaba concebida en términos tan amplios.

Precisamente, de Castro, al examinar los antecedentes históricos de las condiciones generales, recuerda que "instrumento de todas estas aspiraciones (de poder de clases sociales emergentes) serán los escribanos públicos, que para satisfacer a sus clientes y hasta por una especie de gusto deportivo por esquivar leyes (sic). En la práctica cotidiana, en los formularios se generalizan las renunciaciones a las leyes para excluir cualquier disposición con eficacia limitativa o prohibitiva de los pactos. Primero mediante la renuncia individual de la ley que en concreto estorba, con el pacto de no contravenir lo pactado, aunque éste resultare nulo por cualquier causa o motivo; después, se añade una renuncia general a las leyes que se opongan al contenido del instrumento; todavía se añade una renuncia especial o general de la ley, o de cualquier ley, prohibitiva o sancionadora de la renuncia, para llegar incluso a la "renuncia omnis legis auxili". Y para mayor seguridad... se corrobora lo pactado con el juramento del renunciante. Este uso notarial se generaliza, de modo que la renuncia de las leyes se convierte en cláusula de estilo. Los escribanos insertan las renunciaciones más complejas sin explicar su significado a los contratantes, sin siquiera preguntarles si desean se incluyan en el documento"¹¹⁹.

En definitiva, y de acuerdo con lo que se dijo respecto a la fundamentación de la validez de las condiciones generales, las cláusulas sorprendentes carecen de cualquier apoyo en cualquier fuente del Derecho para pretender ser oponibles al adherente. Por lo tanto, a nuestro juicio, no hay ningún inconveniente serio para considerar nulas (art. 10. 4 LCU) las cláusulas sorprendentes sobre la base -a la espera de la promulgación del AP- del art. 10.1 c) LCU en particular de su referencia al "justo equilibrio de las

¹¹⁹ DE CASTRO ADC (1961) p 327.

contraprestaciones" y de los principios que subyacen a las normas examinadas.

2. Por lo demás, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han tenido en cuenta el principio que late tras la regla de las cláusulas sorprendentes aún cuando lógicamente no hubiera sido objeto de referencia expresa.

a) Así, la jurisprudencia había aplicado el principio base de la regla que examinamos en la STS de 13.11.1973 (Ar 4699). En ella puede leerse

"que en el clausulado general de dicho contrato se empieza por afirmar que cubre la responsabilidad que declara la sentencia en virtud de lo previsto en el apartado a) del art. 1º y este extremo trata de combatirse diciendo que a ello se opone el contenido de las condiciones particulares que concretan e individualizan el contrato pero como puede comprobarse con su simple lectura esta parte del contrato establece la relación de los riesgos posibles que cubre el seguro y está redactado de tal forma que todos los supuestos previstos quedan excluidos del mismo excepto la defensa y fianza criminal lo cual... convertiría al seguro en una pura entelequia".

Se trataría de una cláusula que modifica los elementos esenciales del contrato (la prestación).

b) También resulta interesante en este contexto la SAT Barcelona de 6.2.1985 (RJCat. (1985-II) p 126) que basa la no inclusión de una cláusula de renuncia de derechos precisamente en la buena fe -fundamento de la regla que comentamos- y que afirma que ésta exige

"otorgar protección jurídica a una persona que obrando en la fundada creencia de que firmaba un recibo por la indemnización de los daños sufridos por el coche de su propiedad, extendió su firma en un escrito del que con una rigurosa interpretación literal de los términos empleados pretende deducir la aseguradora un finiquito aplicable a los daños corporales sufridos que no han sido resarcidos en

modo alguno".

Esta solución se encuentra también en la SAT Sevilla de 25.2.1986 que enjuicia un caso idéntico y niega la aptitud del documento de renuncia para excluir la posibilidad de reclamar los daños no indemnizados argumentando que al firmarlo, la víctima sufrió un error¹²⁰.

c) En una decisión reciente (STS 12.2.1988 - Ar 941-) nuestro tribunal de casación ha declarado la nulidad de una cláusula de exención genérica de responsabilidad. Se trataba de una compraventa de un inmueble. En el contrato se contenía una cláusula por la que los compradores renunciaban a reclamar nada "al dar su conformidad y plena satisfacción al estado de la vivienda". El TS afirma -frente a la alegación del vendedor de que con ella se estaban derogando las reglas sobre responsabilidad por vicios ocultos- que no estamos ante un supuesto de vicios sino ante verdadero incumplimiento, porque los defectos eran tan graves que el edificio podía considerarse en "ruina potencial", con

¹²⁰ Vid un excelente comentario de la sentencia en A.M. MORALES MORENO "Voluntad y causa en la renuncia a la indemnización por lesiones en caso de accidente" PJ 3 (1986) pp 123-128 (con otras referencias jurisprudenciales) donde se justifica la conclusión a la que llega la audiencia pero no el expediente técnico utilizado. En realidad, la argumentación del profesor Morales alegando que no hay causa que justifique la renuncia, es útil para explicar por qué la citada cláusula es sorprendente. Efectivamente la cláusula es sorprendente porque el sujeto que firma un recibo de una indemnización no puede pensar que con ello está renunciando a la indemnización de otros daños, y precisamente no tiene razón alguna para pensar que tal es el efecto de su firma precisamente porque dicha "condonación" carece de causa.

lo que se afectaba a la "misma causa contractual" de la adquisición de la vivienda.

La solución parece acertada. Quizá pueda considerarse -de tratarse de una condición general, lo que no aparece en la sentencia- de una cláusula sorprendente por destruir el carácter sinalagmático del contrato.

Con todo ello pretendemos afirmar que si bien la regla no existe como norma específicamente aplicable a las condiciones generales, la misma puede insertarse sin fricciones en nuestro ordenamiento y los ejemplos transcritos constituyen una prueba de la vigencia del principio que inspira la norma en nuestro ordenamiento¹²¹. A la hora de estudiar su régimen jurídico, sin embargo, utilizaremos aquí la regla tal como ha quedado recogida en el art. 5 del AP, en cuanto permite un mayor detalle en su análisis.

III. Cláusulas insólitas, cláusulas inusuales y cláusulas sorprendentes.

¹²¹ De lo expuesto, creemos que se deduce claramente que la opinión que sigue de Clavería comentando el Anteproyecto de ley de condiciones generales que recoge en su artículo 5 la regla de las cláusulas insólitas o sorprendentes (CLAVERIA GOSALBEZ "El control de las condiciones generales de los contratos" en LA LEY nº 2204 (1989) de 11 de abril de 1989 p 4) no puede ser compartida por ser absolutamente infundada. Dice el profesor sevillano: "Sin olvidar la crítica que me merece el art. 5º alusivo a las denominadas cláusulas <<insólitas>> ¿por qué prohibirlas si fueron conocidas y queridas y no son lesivas? Insólita no equivale a caprichosa ni a frívola, ni menos a antijurídica".

1. Interesa examinar ahora, si los conceptos de cláusula insólita y cláusula inusual son equivalentes, en el sentido que el hecho de que una cláusula sea usual -es decir, se emplee frecuentemente en el tráfico- impide que pueda ser considerada como insólita y sorprendente. La mayoría de la doctrina da una respuesta negativa señalando que de acuerdo con la finalidad de la norma, esto es, proteger al cliente desinformado del contenido concreto de las cláusulas, lo fundamental es si el grupo de clientes a los que va dirigida la misma podía razonablemente contar con una cláusula semejante o no¹²². A nuestro juicio, la doctrina mayoritaria es también la correcta. La regla de las cláusulas sorprendentes se basa no en las representaciones mentales del predisponente sino en las del adherente. Del carácter usual de una cláusula no puede deducirse mas que el hecho de que dicha cláusula responde a la concepción del contrato que los predisponentes tienen, pero nada dice de la concepción que del mismo tienen los adherentes y la ley. Viceversa, el hecho de que una cláusula no aparezca con frecuencia en los formularios contractuales no la califica como insólita de modo automático. Obviamente esto no significa que el carácter usual de una cláusula sea irrelevante. Hay una probabilidad mucho mayor de que sea insólita una cláusula inusual de que lo sea una cláusula habitual en un determinado tipo de contratos.

¹²² ULMER § 3.14; LÖWE/TRINKNER § 3.10; LINDACHER § 3.14; BGH 29.1.1982 (NJW (1982) p 1036); Contra KOCH/STÜBING § 3.9 in fine; BRAUN BB (1979) p 690.

2. Como hemos señalado, la norma niega la inclusión a aquellas cláusulas susceptibles de provocar un efecto sorpresa en el cliente (por su carácter insólito o inhabitual). De ello se deriva que este tipo de cláusulas pueden quedar incluidas en el contrato cuando el predisponente ha garantizado su conocimiento por el adherente, esto es, cuando le ha hecho una referencia expresa y concreta a la cláusula en cuestión. Si esto se ha producido, y el cliente ha tenido que conocer la cláusula, se elimina como veremos, el efecto sorpresa y la cláusula pasa a formar parte válidamente del contrato. Por lo tanto, parece conveniente conservar las dos expresiones utilizadas en la ley alemana para referirse a este tipo de cláusulas: cláusulas insólitas y cláusulas sorprendentes. Son insólitas aquellas cláusulas susceptibles de provocar una sorpresa en el adherente al encontrarlas en el contrato y son sorprendentes en la medida en que provoquen dicha sorpresa efectivamente, sorpresa que el predisponente puede eliminar, como veremos, haciendo una referencia concreta a la cláusula.

Debe destacarse la diferencia entre este supuesto y el de los restantes requisitos de inclusión. Los requisitos de inclusión sólo garantizan al adherente una posibilidad razonable de conocer la existencia y contenido de las condiciones generales. Para que las cláusulas insólitas puedan pasar a formar parte del contrato, que el cliente haya tenido que conocerlas porque no le hayan podido pasar desapercibidas. Por tanto, el nivel de diligencia exigido al adherente es muy distinto en un caso y otro.

IV. Relación con los restantes requisitos de inclusión.

1. Técnicamente, la regla constituye un requisito negativo de inclusión¹²³, es decir, limita el ámbito de vinculación del cliente respecto a las condiciones generales que han cumplido los requisitos de inclusión a aquellas que no sean insólitas.

De acuerdo con lo expuesto al hablar de los requisitos de inclusión, la función de transparencia y publicidad que éstos tienen se eleva en el caso de las cláusulas insólitas en la medida en que respecto a las mismas no se exige sólo que el cliente haya podido conocerlas sino que hayan sido destacadas de tal forma que al cliente no le hayan podido pasar desapercibidas.

Por lo tanto, el precepto que comentamos eleva la dificultad para que queden incluidas cláusulas inusuales ("Erschwerung der Einbeziehung ungewöhnlicher AGB-Klauseln")¹²⁴ por cuanto que, como hemos dicho, para que las cláusulas insólitas puedan pasar a formar parte del contrato, es necesario eliminar el efecto sorpresa que las mismas son susceptibles de causar mediante una "referencia inequívoca" a la cláusula en cuestión. Dicho de otra forma, puede afirmarse que respecto a las

¹²³ ULMER § 3.4; LINDACHER § 3.4; PALANDT/HEINRICHS § 3.1. Contra KOCH/STÜBING que definen la norma como interpretativa de la conformidad global del cliente con la validez de la condición general. Así también LARENZ Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts⁶, Munich 1983 § 29 a 1.; TRINKNER (§ 3.4) la considera también como una aplicación del principio de confianza en el marco de la interpretación de las declaraciones de voluntad. El problema para aceptar esta consideración es que, como señala LINDACHER (§ 3.4) la no inclusión de las cláusulas sorprendentes es independiente de la voluntad de las partes, por lo que aun cuando la interpretación de dicha voluntad condujera a una conclusión contraria, esto es a que la cláusula no "sorprendió" debe considerarse no incluida.

¹²⁴ ULMER § 3.1

cláusulas insólitas existe un específico deber de información cuyo incumplimiento se sanciona con la falta de eficacia de la cláusula. Dicho deber de información, está destinado a evitar que se produzca el "efecto monopolístico" derivado precisamente de los defectos de información.

2. Como se ve, la norma no plantea mayores problemas de ordenación respecto a los requisitos de inclusión del 10.1 a) LCU (§ 2 AGB-G y 4 AP). El cumplimiento de los mismos constituye un presupuesto para que pueda llegar a plantearse la cuestión del carácter sorprendente de una cláusula. Otra diferencia entre ambas normas estriba en que mientras los requisitos de inclusión van principalmente referidos a las condiciones generales en su conjunto, la regla de las cláusulas sorprendentes se refiere a cláusulas concretas, esto es, no puede declararse "insólito" un formulario contractual completo.

V. Relación con las normas de interpretación.

El supuesto de hecho de las cláusulas sorprendentes plantea algunos problemas de delimitación respecto del supuesto de la regla hermenéutica de la prevalencia de los acuerdos individuales sobre las condiciones generales (art. 10.2 II LCU). Los problemas se suscitan concretamente, en los casos en que la contradicción entre un acuerdo individual y la condición general no es directa, sino indirecta, es decir, la aplicación de la condición general llevaría a modificar los derechos y obligaciones tal como resultan dibujados

en el acuerdo individual.

Ejemplo: en un acuerdo individual, el subastador garantiza la autenticidad de un cuadro, en las condiciones generales de la subasta se limita la responsabilidad del subastador al caso de que el cuadro sea una falsificación deliberada. La condición general, ¿no se aplica porque contradice la garantía-reduciéndola- establecida en acuerdo individual o no se aplica porque el cliente no tenía por qué contar con ella a la vista del acuerdo individual?

En un acuerdo individual se pacta la gratuidad de determinados servicios accesorios en un contrato bancario. En las condiciones generales una cláusula prevé que la gratuidad de las prestaciones se garantiza sólo por un periodo temporalmente limitado.

La distinción clara entre el ámbito de aplicación de una y otra norma viene exigida porque mientras el efecto sorpresa puede ser eliminado, como hemos visto, mediante una clara referencia a la cláusula insólita, y con ello quedar salvada de ineficacia, la contradicción no puede eliminarse por el hecho de ponerla de manifiesto¹²⁵.

Para resolver este problema, un sector doctrinal entiende que mientras las condiciones generales contrarias a acuerdos individuales deben caer bajo la regla de la prevalencia (individualvertragswidrige Klauseln) las que sean "extrañas" a los acuerdos individuales deben medirse según la regla de las cláusulas sorprendentes (individualvertragsferne Klauseln)¹²⁶. Otro sector considera, por el contrario, que el carácter sorprendente de una cláusula no puede derivar de su discrepancia con un acuerdo individual y que, por lo tanto no hay cláusulas "extrañas" a acuerdos individuales, ya que ello iría contra la sistemática legal que ha separado las normas correspondientes y daría al requisito del carácter sorprendente un carácter subjetivo-individual no fundado en la ley y difícilmente compatible con el carácter masificado de la utilización de condiciones generales y su control legislativo¹²⁷.

¹²⁵ LINDACHER § 3.10

¹²⁶ SCHLOSSER §§ 3.23 ss; LINDACHER § 3.10.

¹²⁷ ULMER § 3. 4. Este autor añade que no hay por qué excluir que ambas normas sean aplicables simultáneamente cuando el carácter objetivamente insólito de una cláusula se refuerce por su contrariedad

A nuestro juicio, esta última respuesta es la más correcta. Admitiendo la posibilidad de contradicciones directas e indirectas entre condiciones generales y acuerdos individuales¹²⁰, si una cláusula es objetivamente insólita, no debe quedar incluida en el contrato con independencia de que esté de acuerdo o en contradicción con los acuerdos individuales. Si, incluida en el contrato por no ser insólita, resulta estar directa o indirectamente en contra de algún acuerdo individual, se aplicarán las consecuencias previstas en el 10.2.II LCU y el acuerdo individual prevalecerá. No vemos la necesidad de la categoría de "cláusulas ajenas o extrañas" a un acuerdo individual¹²¹.

VI. Relación con las normas de control del contenido.

1. La regla de las cláusulas sorprendentes procede de una elaboración jurisprudencial de los tribunales alemanes que al haberse producido con anterioridad a la promulgación de la AGB-G, no distinguía con claridad entre la declaración de no inclusión de estas cláusulas y la ineficacia de las cláusulas abusivas¹²², de modo

con un acuerdo individual.

¹²⁰ Vid. J. ALFARO RDM (1987) p 31.

¹²¹ En todo caso, no estaríamos de acuerdo con la opinión de ULMER (§ 3.4) de que la tesis de SCHLOSSER "da al requisito negativo de inclusión del § 3 un carácter subjetivo-individual no fundado en la ley y difícilmente compatible con el carácter masificado de la utilización de condiciones generales y de su control legislativo". A nuestro juicio, tal argumentación no es de recibo, puesto que precisamente la regla de las cláusulas sorprendentes es una norma de protección individual (LINDACHER § 3.5) en cuyo supuesto de hecho entran en consideración circunstancias individuales: las que acompañan a la celebración del contrato. Vid infra en este epígrafe nº VIII.

¹²² La crítica a esta confusión entre control de la inclusión y control del contenido es generalizada en toda la doctrina. Vid LINDACHER § 3.5; PALANDT/HEINRICHS 3.1 etc. Resulta interesante señalar que quizá por ser una regla mucho más reciente, la misma confusión se

que los tribunales utilizaban indiscriminadamente la nota de "sorprendente" o "abusiva" para declarar la ineficacia de la cláusula.

La situación, tras la AGB-G se ha modificado, ya que ésta establece una clara distinción entre control de la inclusión y control del contenido, distinción que es nítida en la ley y que en nuestro derecho se ha reflejado claramente en el AP¹³¹ pero no así en la LCU que se ha preocupado únicamente de la validez de las condiciones generales sin matices.

2. Antes de analizar la relación entre la regla de las cláusulas sorprendentes y el control del contenido cabe preguntarse si realmente tiene sentido plantearse siquiera la cuestión. En efecto, podría decirse que a la postre tanto si la cláusula es sorprendente como si es abusiva, la consecuencia es su ineficacia, por lo que si la consecuencia jurídica es idéntica, la distinción no responde mas que a pruritos teóricos. Sin embargo, no es así. La diferencia de régimen jurídico, como se ha señalado autorizadamente, es de relieve: 1º La regla de las cláusulas sorprendentes no se utiliza en todo caso en el control abstracto. 2º Aún en el control individual, una cláusula abusiva no deja de ser ineficaz porque el predisponente se haya referido a la misma expresamente¹³², 3º El control del contenido no se

produce en el Derecho inglés actualmente, donde como vimos (vid supra en este epígrafe I) la regla se aplica tanto a cláusulas insólitas como a cláusulas abusivas.

¹³¹ Vid. Exposición de Motivos AP "La protección de los contratantes en el momento de la perfección del contrato se centra en la regulación de la inclusión... pero sin duda, la principal novedad del AP consiste... en introducir un control del contenido de las condiciones generales de la contratación junto al que se prevé en el momento de la perfección del contrato...".

¹³² ULMER § 3.5

aplica a las cláusulas que regulen los elementos esenciales con lo que algunas condiciones generales podrían no quedar sometidas al control del contenido y sí a la regla de las cláusulas sorprendentes. En definitiva, la relevancia de la distinción se debe a que la finalidad de ambas normas difiere parcialmente:

"mientras el control del contenido está dirigido a la protección individual y de las instituciones jurídicas, la protección frente a cláusulas sorprendentes tiene una finalidad de protección únicamente individual"¹³³.

Fuera de los supuestos mencionados, las consecuencias jurídicas son idénticas, puesto que se trata en definitiva de un problema de validez en ambos casos, por lo que ambas normas son en amplia medida equivalentes¹³⁴.

¹³³ LINDACHER § 3.5.

¹³⁴ Por ello puede explicarse el hecho de que la LCU no distinga entre "no inclusión" y "nulidad" afirmando que lo que ha ocurrido es que el legislador español se ha planteado el problema de las condiciones generales exclusivamente desde el punto de vista de la validez, lo cual es escasamente relevante en el Derecho español, puesto que la LCU no recoge la posibilidad de una acción abstracta, es decir, la diferencia de régimen jurídico quedaría solo en lo señalado sub 2º. Ahora bien, si analizamos la norma de la LCU que, a nuestro juicio, ha reflejado mejor la idea que late tras la prohibición de las cláusulas sorprendentes, esto es, el art. 10.1 c) 5º ("Los incrementos de precios por servicios, accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnizaciones o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso y expresados con la debida claridad o separación"), observaremos que ha recogido precisamente las consecuencias de las cláusulas insólitas, en cuanto los "incrementos" a los que se refiere el precepto, pueden quedar incluidos en el contrato y ser exigibles si son "susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso" y están recogidos "con la debida claridad o separación", es decir, y como veíamos al principio si el predisponente informa expresa y concretamente al adherente de su existencia, de modo que el cliente haya tenido que conocer el contenido de

3. Aunque ambas características no tienen por qué coincidir, las cláusulas sorprendentes suelen ser a la vez abusivas¹³⁵. La pregunta que surge inmediatamente es: ¿qué norma debe aplicarse con preferencia ante una cláusula sorprendente y abusiva a la vez? Las opiniones se dividen entre quienes pretenden establecer una prioridad en la aplicación de una u otras normas¹³⁶ dando preferencia por razones de sistemática legal a la regla de las cláusulas sorprendentes o por trascendencia a las de control del contenido, y aquellos que no establecen una relación de prioridad genérica dejando en libertad al juez para apoyar la declaración de ineficacia en una u otras¹³⁷. Esta última postura parece

la cláusula, justo lo que resulta necesario para eliminar el efecto sorpresa de las cláusulas insólitas.

¹³⁵ vid. ej. inmediatamente infra. Doctrina unánime ULMER § 3.5; LINDACHER § 3.6; PALANDT/HEINRICHS § 3.1; con matices KÖTZ MünchKomm § 3.2: resulta difícil que una cláusula sorprendente no sea abusiva.

¹³⁶ Así DIETLEIN/REBMANN § 3.1; ERMAN/HEFERMEHL § 3.3; vid también KÖTZ § 3.2 quien se pronuncia a favor de aplicar preferentemente las reglas de control del contenido, por temor a que éstas, pieza central de la ley sufran un déficit de aplicación en favor de la regla de las cláusulas sorprendentes, más fácil de aplicar; también así KOCH/STÜBING § 3. 5.

¹³⁷ ULMER § 3.5; LINDACHER § 3.6; SCHLOSSER § 3.2; NIEDENFÜHR Informationsgebote pp 100-101. La cuestión se matiza aún más entre estos autores. Así mientras Ulmer, aún admitiendo la primacía lógica del § 3 como requisito de inclusión frente al control del contenido y LÖWE/TRINKNER (§ 3.2) dejan en libertad al juez, SCHLOSSER prefiere la utilización preferente del control del contenido cuando la cláusula insólita sea abusiva aún eliminado el factor sorpresa. LINDACHER (§ 3.6) eleva esta preferencia únicamente como máxima recomendable a los tribunales por razones prácticas: cuando una condición general abusiva y sorprendente a la vez, es declarada ineficaz por sorprendente, el

la más aceptable. En efecto, en la medida en que se den todos los requisitos para la aplicación de ambas normas (es decir, que nos encontremos en el control individual, que no se trate de cláusulas que escapen al control del contenido y que no haya existido una clara referencia expresa a la condición concreta por parte del predisponente), no hay problemas para aplicar una u otra, y no los hay porque la cuestión que se ventila es únicamente la de la validez, consecuencias jurídicas respecto de las cuales no existe diferencia alguna entre ambas normas¹³⁸. Consecuentemente, el juez podrá atender a otras circunstancias para decidir sobre qué norma apoya la declaración de nulidad¹³⁹.

VII. Ambito de aplicación.

predisponente puede sentirse tentado a volver a incluirla en su condicionado general, pero avisando claramente y en particular al cliente de su existencia (así también NIEDENFÜHR Informationsgebote p 103), por lo que si es claramente abusiva, debe preferirse el control del contenido. Claro, que cabría alegar que la función del control incidental no es la de evitar "el peligro de repetición" tarea que corresponde al control abstracto, donde la regla de las cláusulas insólitas no es aplicable. Por último LÖWE/TRINKNER matizan la cuestión en sentido contrario, cuando el carácter sorprendente de una cláusula se vea aumentado específicamente por las circunstancias del caso concreto, entonces ha de aplicarse la regla de las cláusulas sorprendentes y no el control del contenido (En el mismo sentido aunque más allá SCHLOSSER § 3.2; contra LINDACHER que niega que no pueda utilizarse también el control del contenido en estos casos ya que en su concepción no hay una prevalencia lógica entre el § 3 y los §§ 9 ss).

¹³⁸ LINDACHER § 3.6; NIEDENFÜHR Informationsgebote pp 100-101.

¹³⁹ Por ejemplo, si tiene dudas acerca del carácter sorprendente o no de una cláusula claramente abusiva.

La norma tiene, en la formulación que ha recibido en el art. 5 AP¹⁴⁰, un ámbito de aplicación subjetivo general, esto es, se aplica tanto a los consumidores como a las relaciones entre empresarios.

Como hemos señalado también, la regla es aplicable no a condicionados generales enteros sino a cláusulas concretas.

Un tribunal alemán, sin embargo, aplicó la regla de las cláusulas sorprendentes en el caso de un negocio económicamente unitario escindido jurídicamente mediante el empleo de dos formularios contractuales diferentes. Se trataba de una venta de un ordenador y de los programas correspondientes. Con la escisión, el predisponente pretendía que en caso de uno de los contratos perdiese su validez por cualquier causa, el otro quedara salvado¹⁴¹. En estos casos, en realidad, la sorpresa no procede de una cláusula, y por tanto no es aplicable la regla de las cláusulas sorprendentes, sino que se trataba de un supuesto relativo a las

¹⁴⁰ Tras la revisión de la versión realizada en 1988. En la primera versión y como consecuencia de exigencias "literarias" se produjo una descoordinación entre el art. 4 y el art. 5. Así, el art. 4 recogía las cargas que había de cumplir el empresario para que sus condiciones generales quedasen incorporadas al contrato exigiendo la "expresa mención" de las mismas, información del contenido a la otra parte de forma que le fuera posible conocerlas desplegando la diligencia ordinaria y conformidad del adherente con la validez de las condiciones generales. El art. 5 establecía una excepción al art. 4 al afirmar que "en las relaciones entre comerciantes o empresarios se presumirán incluidas en el contrato aunque no se hayan mencionado expresamente aquellas condiciones generales de la contratación utilizadas habitualmente en el ámbito de la actividad a que aquellos se dediquen". En el segundo párrafo del precepto se recogía la regla de las cláusulas sorprendentes también para "los contratos celebrados entre comerciantes o empresarios" con lo que se creaba la duda de que la regla fuera exclusivamente aplicable a las relaciones entre empresarios y no lo fuera a las relaciones empresarios/consumidores. Dicho error ha sido subsanado en la segunda versión del AP.

¹⁴¹ S. LG München BB (1980) pp 1552-53 apud ULMER § 3.6.

consecuencias de la nulidad parcial¹⁴².

VIII. Supuesto de hecho de la regla.

1. Según el art. 5 AP (§ 3 AGB-G), la cláusula ha de ser tan insólita que el contratante no hubiera podido contar razonablemente con su existencia. Por lo tanto, estamos ante el supuesto de hecho de la norma cuando "entre el contenido del contrato en el caso hipotético de que la cláusula fuera válida y el conjunto de expectativas del cliente fundadas en las circunstancias del contrato (y en su naturaleza) existe una clara discrepancia"¹⁴³. Consiguientemente, la tarea de aplicación de la norma consta de tres fases. En primer lugar, determinar cuales eran las expectativas legítimas que podía hacerse el cliente respecto del contenido del contrato en cuestión. En segundo lugar, analizar el contenido de la cláusula y en tercer lugar, determinar el grado de discrepancia para decidir si es tan grande que el cliente "no hubiera podido contar razonablemente" con la existencia de la cláusula¹⁴⁴. De esta primera aproximación, se deduce ya que no hay cláusulas sorprendentes per se, esto es, con independencia de las circunstancias que rodean la celebración del contrato y que por lo tanto, no puede

¹⁴² ULMER § 3.6.

¹⁴³ LINDACHER § 3.11

¹⁴⁴ KÖTZ MünchKomm §3. 3.

hacerse una "lista de cláusulas sorprendentes"¹⁴⁵, semejante a las listas "negras" o "grises" de cláusulas abusivas. De ello se deducen dos consecuencias importantes para el régimen jurídico de las cláusulas sorprendentes.

a) En primer lugar, que lo que hace que la cláusula sea sorprendente no es su contenido, sino el efecto que producen en el cliente al ser puestas en conexión con todas las circunstancias que rodean la celebración del contrato, de modo que si estas circunstancias varían, el efecto sorpresa puede desaparecer aún cuando el contenido de la cláusula sea el mismo.

b) En segundo lugar, que, consecuentemente, una cláusula insólita susceptible de producir en la generalidad de los casos un efecto sorpresa sobre el adherente deja de serlo cuando el cliente la conocía o el predisponente se había referido a la misma de modo particular y expreso de forma que no podía pasarle inadvertida al cliente. Por lo tanto, cuando a continuación formemos grupos de casos con las cláusulas insólitas, éstos solo pueden tener el sentido de describir los supuestos en los que como regla general es necesaria una explicación añadida al cliente por parte del predisponente si quiere que la cláusula en cuestión quede incorporada al contrato¹⁴⁶.

2. Los criterios para decidir si una cláusula es

¹⁴⁵ Vid, por todos, ULMER § 3.13 a).

¹⁴⁶ ULMER § 3.11.

insólita los suministra el art. 5 AP (§ 3 AGB-G) y son por un lado las circunstancias de celebración del contrato y por otro la naturaleza del mismo.

a) Cláusulas insólitas según las circunstancias que rodean la celebración del contrato: Son el conjunto de circunstancias que contribuyen a formar en el cliente una determinada representación mental respecto al contenido del contrato. La Exposición de Motivos de la ley alemana se refiere en concreto a la oferta y la publicidad del empresario, a la configuración y apariencia del documento contractual a lo que suele añadirse en general, el desarrollo de los tratos previos.

Además, cabría añadir que lo que el cliente podía esperar razonablemente, depende también de la cuantía de la propia prestación. Así, la jurisprudencia alemana (S. BGH 6.4.1978 en VersR (1979) p 154) no consideró sorprendente una cláusula de un contrato de seguro de accidentes que garantizaba al asegurado una prestación económica de 50 marcos diarios durante el tiempo que como consecuencia del accidente no pudiera trabajar, por el hecho de que la cláusula limitara temporalmente la percepción de esta prestación a 60 días. El BGH entendió que a la vista de la cuantía de la prima (18 marcos mensuales) "el período de tiempo no es tan corto como para que se pueda poner en cuestión el sentido del seguro"¹⁴⁷.

Dentro de este primer sector de cláusulas, pueden establecerse los siguientes grupos de casos:

aa) Cláusulas sorprendentes por defraudar las expectativas creadas en el cliente por la publicidad y

¹⁴⁷ Vid también S. AG Lübeck 2.6.1981 en BUNTE AGB-Entscheidungen vol II § 3 nº 18. Vid. también MORALES MORENO ADC (1982) p 677. sobre el precio como criterio utilizable para determinar el carácter legítimo de la confianza invertida por el comprador.

la oferta contractual.

El cliente tiene derecho a confiar en que lo que el predisponente ha manifestado en su oferta y publicidad no quedará en agua de borrajas por el juego de las condiciones generales. Se observa aquí especialmente el fundamento en la buena fe que tiene la regla de las cláusulas sorprendentes, en cuanto la actitud del predisponente en este caso resulta claramente contraria a la buena fe en cuanto quita con una mano lo que ha dado con la otra (art. 8 LCU)¹⁴⁸.

Ejemplos de este tipo de cláusulas son todas aquellas que limitan la garantía por vicios del objeto adquirido cuando en la publicidad se habla de "garantía total durante un año" etc. Así el OLG Hamm (MDR 1984 p 53) declaró sorprendente una cláusula de garantía que permitía a un distribuidor de contenedores de gasoleo elegir entre la devolución del precio total o solo de la parte en que disminuyera el valor del objeto como consecuencias de los vicios del mismo, cuando en la publicidad había prometido una garantía total por treinta años. Es decir, lo que aparecía en la publicidad como garantía total se reducía en las condiciones generales a un derecho al ejercicio de la acción quantum minoris o de resolución a elección del predisponente. También puede verse la sentencia del BGH (NJW 1974 p 37) donde de la publicidad se deducía que una agencia de viajes prestaba servicios propios cuando en las condiciones generales se señalaba que sólo actuaba como mediador.

bb) Cláusulas sorprendentes por contradecir los tratos previos o el comportamiento del predisponente durante la vida del contrato.

Muchos de estos supuestos son casos de contradicción entre condiciones generales y acuerdos individuales orales, o supuestos del grupo anterior. Hay

¹⁴⁸ Vid la conocida STS 27.1.1977 y el comentario de LASARTE RDP (1980) pp 50ss, donde la publicidad se consideró como elemento que integraba el contrato, precisamente con apoyo en la buena fe.

sin embargo, casos específicos que responden a la prohibición del venire contra factum proprium¹⁴⁹.

cc) Cláusulas sorprendentes como consecuencia de la configuración y presentación del documento contractual: las cláusulas invisibles u ocultas: son aquellas cláusulas en las cuales se produce una desproporción entre la importancia de su contenido para el cliente y la forma en que aparece recogida en el documento contractual¹⁵⁰. La regla que implica la consideración como sorprendente de estas cláusulas "ocultas" o "invisibles" es que "una cláusula que supone consecuencias trascendentales para las obligaciones del cliente debe destacarse"¹⁵¹. Las cláusulas deben destacarse cuando se de alguno de los dos siguientes supuestos: a') Que se trate de cláusulas cuya razón de ser desaparezca si el cliente no las conoció

¹⁴⁹ Un ejemplo de este tipo es el caso juzgado por la STS 7.5.1975 (Ar 1188): en un contrato de seguro se establece, en condiciones generales que las primas debían pagarse por el tomador del seguro en las oficinas de la compañía aseguradora. A pesar de ello los pagos se efectuaron en el domicilio del asegurado donde la compañía pasaba los recibos al cobro. En el mes de julio, la compañía no pasa el recibo al cobro y el asegurado no paga. En agosto se produce el siniestro y la aseguradora deniega el pago de la indemnización alegando que el tomador no había pagado la prima correspondiente.

¹⁵⁰ Admitido unánimemente Vid. SCHLOSSER § 3.12; ULMER § 3.17; LÖWE/TRINKNER § 3.12 etc.

¹⁵¹ Expresión del LG Dortmund apud BUNTE AGB-Entscheidungen vol IV, § 11.4 nº 13. En el caso se trataba de una cláusula por la cual, en el supuesto de que el cliente se retrasara en retirar un pedido habría de abonar un 25% del precio más los costes de almacen más el precio íntegro si se sobrepasaba un nuevo plazo de dos semanas. Vid. también S. AG Lübeck 2.6.1981 también en BUNTE AGB-Entscheidungen vol II § 1 nº 8.

efectivamente porque tienen una función de "aviso" al cliente para que actúe de una forma determinada o se abstenga de realizar determinadas conductas, conductas que normalmente el cliente no tendría por qué realizar o evitar¹⁵². Se trata por tanto de cláusulas respecto a las cuales el cumplimiento efectivo de la función de publicidad es ineliminable; b') que se trate de cláusulas cuyo conocimiento por el cliente resulta de gran importancia en su toma de decisión sobre si contrata o no. Se trata por tanto, de cláusulas respecto de las cuales el cumplimiento efectivo de la función de transparencia es esencial. Tal función es esencial precisamente porque respecto a dichas cláusulas debe recaer el consentimiento del adherente en sentido estricto, es decir, el adherente debe autodeterminarse ya que se trata de aspectos remitidos exclusivamente por el ordenamiento a la actuación libre de los particulares.

La diferencia entre estos dos grupos de cláusulas "ocultas" estriba en que mientras la aplicación de las primeras puede evitarse por el cliente tras la celebración del contrato mediante una conducta concreta durante la ejecución (no incumpliendo p. ej.), las segundas se aplican con independencia del comportamiento

¹⁵² Vid. nota anterior y LINDACHER "Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnahme Obliegenheit bei AGB" JZ (1981) p. 131: "Klauseln die die Voraussetzung für einen eo ipso eintretenden Rechtsverlust fixieren erfüllen nur dann eine 'Warnfunktion' wenn der potentiell Betroffene sie auch Kenntnis nimmt". Vid. también supra § 6.III. y las referencias que allí se hacen a los llamados "bienes de experiencia".

del cliente, de modo que éste sólo puede evitarlas renunciando a contratar.

Probablemente, el régimen jurídico debe ser distinto en uno y otro caso. En el primer grupo, el predisponente debe eliminar el efecto sorpresa incluyendo dichas cláusulas en condiciones generales destacadas de manera que quepa esperar razonablemente que el cliente ha conocido su contenido efectivamente. En el segundo grupo sin embargo, seguramente se trata de regulaciones contractuales que sólo pueden incluirse válidamente en el contrato si el cliente las conoció efectivamente al contratar, con lo que los requisitos para la eliminación del efecto sorpresa deben ser más exigentes. Un ejemplo de este segundo tipo puede suministrarlo la sentencia del LG München, I de 14.7.1981 (BUNTE AGB-Entscheidungen Vol II § 10.3 nº 41). La cláusula contenida en el formulario de una agencia de viajes era del siguiente tenor literal: "Número mínimo de participantes 25 personas". El tribunal decidió que la cláusula además de abusiva era insólita porque "el cliente no espera encontrar una cláusula tan importante para el contrato como esa en las condiciones generales". La condición del número mínimo es tan importante "que no debe regularse en condiciones generales sino en la descripción de la prestación". Esta interpretación es, por lo demás, congruente con la función práctica que ha adquirido la regla de las cláusulas sorprendentes que ha consistido sobre todo en permitir a los tribunales declarar la ineficacia de cláusulas que por referirse al núcleo de la prestación no podían someterse al control del contenido (§ 8 AGB-G)¹⁵³, en cuanto nuevamente pasan a primer plano las exigencias de información y lo es también con las referencias que hicimos al analizar económicamente el control de las condiciones generales en relación con los llamados "bienes de experiencia".

El fundamento en la buena fe de la ineficacia de estas cláusulas es evidente. Con ello se neutraliza la artimaña del predisponente consistente en aprovechar el ocultamiento que permite el empleo de condiciones generales para incluir cláusulas que de haber sido conocidas por el cliente hubieran podido modificar su conducta o declaración de voluntad.

El ejemplo más claro de este tipo de cláusulas "ocultas" lo hemos encontrado en la S. OLG Karlsruhe DE 20.2.1987 (NJW 1987 p 1483) respecto a una condición general de un formulario empleado en un hospital que permitía al director de la clínica cobrar por una operación los mismos honorarios en el caso de que fuera él personalmente el que actuara como cirujano que en el caso de que la operación la llevara a cabo uno de sus ayudantes. El tribunal dijo que "el demandado ha

¹⁵³ Vid P. ULMER ADC (1988) pp 771-772.

ocultado la cláusula tan bien que la misma sólo podía encontrarse con dificultad y tras una cuidadosísima lectura". La cláusula no estaba en el "Resumen de condiciones generales" sino en el reverso del documento bajo el título "resumen de los precios de los tratamientos" en el lugar dedicado a recoger las reglas de liquidación de los costes de las prestaciones y bajo el concreto título de "prestaciones optativas". En dicho lugar "nadie espera encontrar una regulación derogatoria del § 613. 1 BGB"¹⁵⁴.

La ocultación de la cláusula puede provenir de la apariencia externa del documento contractual (que las cláusulas no estén separadas adecuadamente) del hecho de encontrarse bajo un título que no le corresponde¹⁵⁵; o porque el tamaño de la letra sea inferior al del resto de las cláusulas (S. OLG Düsseldorf 9.6.1984 VersR (1984) p 370) etc.

b) Cláusulas insólitas por atentar contra la naturaleza del contrato. Cuando el art. 5 AP se refiere a la "naturaleza del contrato" para decidir el carácter insólito de una cláusula, debe entenderse que lo hace al tipo contractual al que pertenece el contrato. Se incluyen aquí, todas aquellas cláusulas que atentan contra el modelo legal -o usual en el caso de que se trate de un contrato innominado- del contrato. Es decir, se produce una clara discrepancia entre las expectativas del cliente originadas por el tipo legal o usual de contrato celebrado y el contenido de las condiciones

¹⁵⁴ Dicho precepto establece que, en la duda se presume que "el obligado a prestar un servicio deberá prestarlo personalmente". Vid también AG Hamburg 2.7.1986 (NJW (1987) pp 716-17).

¹⁵⁵ Vid. sentencia cit inmediatamente supra y S. BGH 17.5.198 NJW (1982), 2309.

generales. El cliente tiene derecho a confiar en que la regulación del contrato sea básicamente la usual en ese tipo de contrato.

El intérprete ha de enfrentarse a este tipo de cláusulas aplicando lo que se dijo anteriormente, según el siguiente esquema. En primer lugar, habrá de concretar el tipo legal o usual en el que se enmarca el contrato celebrado de acuerdo con la valoración del legislador¹⁵⁶. Tras esta actividad, se obtienen las características que conforman el tipo. A continuación se examinan las cláusulas litigiosas y se determinan si corresponden al tipo o si lo modifican hasta el punto de frustrar las expectativas del cliente en una

¹⁵⁶ Vid. sobre lo siguiente HILDEBRAND Das Leitbild des gewählten Vertragstyps als Eingangsschranke für AGB-dargestellt am Beispiel des Vertragstypus des Zivilmaklers Diss. Dortmund 1978 pp 167 ss. La concreción del tipo legal se realiza de acuerdo con la teoría del tipo (Vid. al respecto K. LARENZ Metodología pp 211 ss) deduciendo de la regulación legal lo que se pueden considerar como rasgos característicos del mismo. De ello se deduce la enorme importancia que una adecuada calificación tipológica tiene en general para determinar el derecho imperativo y supletorio aplicable al contrato y en el caso, para efectuar un control correcto de las condiciones generales, ya que en función de una u otra calificación podrán considerarse o no como abusivas determinadas cláusulas. Vid un excelente ejemplo de estas consecuencias en el caso del leasing y de su calificación como arrendamiento o como compraventa con elementos de préstamo o como mandato con elementos de préstamo en N. PAPAPOSTOLOU Die Risikoverteilung beim Finanzierungsleasingsvertrag über bewegliche Sachen Munich 1987 passim. Entre nosotros, también un ejemplo muy ilustrativo de la aplicación de la teoría del tipo en A.M. MORALES MORENO "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa" ADC (1982) pp 670 ss donde se comparan el contrato de compraventa y el de obra a los efectos de determinar si pueden aplicarse las reglas de responsabilidad previstas en el segundo a la compraventa en la que el vendedor es el propio fabricante de la cosa.

"configuración usual o típica" del contrato. Obsérvese que no cualquier desviación respecto al tipo legal es suficiente, ni siquiera cualquier desviación injustificada. Se necesita un plus, que dicha desviación resulte sorprendente.

De acuerdo con estas ideas, las cláusulas insólitas por atentar contra la naturaleza del contrato pueden clasificarse en los siguientes grupos de casos.

aa) Cláusulas que alteran sustancialmente el contrato, convirtiéndolo en otro distinto o destruyen su carácter sinalagmático.

En los contratos sinalagmáticos, se consideran sorprendentes las cláusulas que alteran el tipo contractual de forma "no transparente". Al respecto conviene hacer algunas precisiones: No se trata normalmente, aunque pueden ocurrir, de casos de nulidad del contrato por falta de causa, sino nuevamente de imposición de obligaciones adicionales al adherente que transforman el contrato celebrado en algo distinto a lo que se desprende de su naturaleza o apariencia exterior. Por lo tanto, lo que ocurre es que la causa del contrato resulta modificada por las condiciones generales, con lo que se frustran las expectativas del cliente en una configuración usual del contrato. Nos referimos a lo que De Castro llamaba la función caracterizadora de la causa que sirve para distinguir, entre otras cosas, los distintos tipos negociales¹⁵⁷. Pues bien, en este grupo de casos se trata de condiciones generales que alteran

¹⁵⁷ DE CASTRO Negocio pp 165-66.

la causa convirtiendo un negocio jurídico en otro distinto, así, por ej. un contrato de obra en uno de servicios, un arrendamiento en un leasing etc. Naturalmente, la autonomía privada puede legítimamente modificar los tipos o crear nuevos o emplear uno u otro tipo legal para conseguir el resultado económico perseguido, pero ello, al hacerse por medio de condiciones generales, oculta al adherente la configuración real del contrato que es diferente a la que a él le cabía legítimamente esperar de acuerdo con el nomen contractus. Pues bien, la regla de las cláusulas sorprendentes revaloriza el nomen contractus frente a la lex contractus cuando ésta se encuentra conformada por condiciones generales y exige al intérprete que examine si atendiendo al primero alguna de las prestaciones que resultan a cargo del cliente carece de correspondiente por parte del predisponente. Y no a la inversa, esto es, no ha de examinar primero el contenido del contrato concreto para después decidir si hay cláusulas sorprendentes o no. El modelo que ha de utilizar el intérprete a estos efectos es, naturalmente el tipo legal o usual. Se trata pues, de condiciones generales que establecen atribuciones patrimoniales a favor del predisponente o de obligaciones a cargo del cliente que carecen de causa desde el punto de vista de la apariencia externa del contrato, aunque la tendrán si atendemos a la configuración del contrato que resulta del contenido de las condiciones generales. El legislador, en exquisito respeto a la autonomía privada,

hace prevalecer la "causa aparente" frente a la causa "real", porque ha sido con la primera con la que ha contado el adherente sin que existiesen datos suficientes como para que tuviese que contar con la segunda. O dicho en otras palabras, porque la primera es producto de la autonomía privada y la segunda sólo de la adhesión a condiciones generales.

Ejemplos: S. OLG Düsseldorf 23.4.1987 (NJW RR (1987) pp 888-89). Cláusulas por las que se responsabiliza al representante que actúa en nombre ajeno del cumplimiento del contrato por el representado. Dicha cláusula atenta contra la esencia de la representación directa y el representante no tiene por qué contar con ella: "Mal puede contar (el representante) con que él, que pretende celebrar el contrato únicamente como representante, correrá también con la carga de tener que soportar reclamaciones del tercero derivadas del contrato celebrado frente al... (representado)¹⁵⁸.

S. LG Hamburg 6.5.1985 (BB (1985) p 2072). En un contrato de leasing con amortización parcial se reconocía el derecho del cliente a resolver el contrato anticipadamente, pero en habría de pagar una cantidad que compensara a la empresa de leasing por el tiempo contractual acortado con lo que en realidad se trataba de un leasing de amortización total, porque los riesgos de disminución del valor del coche eran traspasados al cliente. La empresa de leasing debió informar al cliente que el contrato de leasing que celebraba no era de amortización parcial como él creía sino de amortización total¹⁵⁹.

Se han producido muchos casos en el ámbito de la mediación en relación con las cláusulas que establecen la obligación a cargo del cliente de pagar el premio al mediador aún en el caso de que el contrato principal no llegue a celebrarse. Como se ha dicho al establecerse esta cláusula "el carácter del premio pasa de ser el honorario por un resultado a ser un honorario por una

¹⁵⁸ Similar respecto a la cláusula contenida en un contrato de alquiler de coches que responsabilizaba al que retiraba el coche en LG Frankfurt 20.1.1987 (NJW RR (1987) p 828). Obviamente en estos casos debe deducirse de las circunstancias de celebración que el contratante estaba actuando como representante únicamente.

¹⁵⁹ Vid otros ejemplos de cláusulas que alteran el contrato en S. LG Frankfurt 27.4.1987 (NJW RR (1987) p 745-47); S. AG Colonia 3.7.1981 (VersR (1982) p 456).

actividad"¹⁶⁰. Se convierte así el contrato de mediación en un contrato de arrendamiento de servicios: "La cláusula es sorprendente en la medida en que el mediador ofrece aparentemente la celebración de un contrato de mediación cuando, sin embargo, con sus condiciones generales pretende celebrar un contrato semejante a un arrendamiento de servicios"¹⁶¹.

bb) Las cláusulas que destruyen el carácter recíproco de las prestaciones imponiendo al adherente la obligación de cumplir con su prestación -o con alguna de sus prestaciones- aunque el predisponente no cumpla con la suya, o dicha prestación carezca de sentido de acuerdo con la finalidad del contrato.

Aquí nos encontramos con cláusulas que imponen obligaciones al adherente o reservan derechos al predisponente las cuales tienen sentido sólo como parte accesoria de las prestaciones principales del contrato. Estas cláusulas son sorprendentes en la medida en que mantienen la vigencia de dichas obligaciones aún cuando las obligaciones principales no existan.

Ejemplos: En un contrato de imprenta se incluye una cláusula por la que las pruebas de imprenta, los bocetos y trabajos similares han de pagarse aún cuando el encargo no tenga finalmente lugar (Bundeskartellamtbeschluss de 28.4.1982 en BUNTE Entscheidungssammlung vol III § 9.98). OLG Colonia 29.1.1980 (ZIP (1980) p 981). Cláusula contenida en un contrato bancario por la que el banco se reserva el derecho a cobrar una comisión "por preparar" una oferta de crédito a un cliente, esto es, independientemente de que el préstamo tenga o no finalmente lugar: "Si la oferta de crédito del Banco no es aceptada habrá de pagarse una comisión del 1% de la cuantía del crédito por los trabajos de preparación de la oferta". La doctrina califica estas imposiciones como sanciones penales no para el caso de incumplimiento de una obligación ya existente, sino para el caso de que el cliente no lleve a cabo un comportamiento al que no está obligado¹⁶².

¹⁶⁰ HILDEBRAND Leitbild p 170

¹⁶¹ HILDEBRAND ibidem p 171.

¹⁶² LÖWE/TRINKNER § 3.29.

Un supuesto que plantea problemas específicos es el de las descripciones de la prestación contenidas en condiciones generales que modifican la prestación que el contrato tiene según la imagen legal o usual. Tal ocurre especialmente en los contratos de seguro. En lo que hace a la aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes, la doctrina es unánime en considerar que "cuando se trata de contratos donde esto sucede típicamente" es decir, donde lo normal es que las condiciones generales contengan una concreción de la prestación principal, el cliente tiene que contar con que las prestaciones varíen de empresa a empresa aunque el "nombre" del seguro sea idéntico¹⁶³ y por lo tanto, estas cláusulas no son sorprendentes.

cc) Cláusulas ajenas o extrañas al tipo de contrato celebrado. Se trata de cláusulas que no tienen nada que ver con el contrato celebrado y que se incluyen por razones ajenas al mismo. Por ejemplo para evitar la aplicación de determinadas normas.

De este tipo puede verse la S. BGH 17.5.1982 (BB (1982) p 1750) donde se trataba de una cláusula por la que el adherente admitía ser empresario, a los efectos de evitar la aplicación de las normas protectoras de consumidores.

dd) Cláusulas que atentan contra la autonomía del

¹⁶³ ULMER § 3.27; SCHLOSSER § 3.22; LINDACHER § 3.19. Naturalmente, esta consideración tiene sus límites. Las condiciones generales no pueden modificar sustancialmente el contrato reduciendo excesivamente la cobertura en relación con el "nombre" del seguro.

contrato. Este grupo incluye aquellas cláusulas que tienen por efecto vincular al cliente más allá de los límites del contrato concreto que, aparentemente, está celebrando. Aquí se incluirían las cláusulas que "esconden" un contrato dentro de otro o que pretenden validez para más de un contrato.

Ejemplos: S. BGH 1.3.1978 NJW (1978) pp 1519-1520: Las partes -una fábrica de cerveza y un bar- firman un "precontrato de préstamo" que preveía la concesión de un préstamo por parte de la fábrica en condiciones muy favorables a cambio de que el dueño del bar se aprovisionase exclusivamente de cerveza de la citada fábrica. También se preveía en una condición general que la obligación para el dueño del bar de adquirir la cerveza al fabricante no se vería afectada por el hecho de que el contrato de préstamo no tuviera finalmente lugar. El dueño del bar no aceptó el préstamo y se suministró cervezas de otra fábrica y el fabricante le demandó.

S. LG Wuppertal 18.5.1982 (BUNTE AGB-G Entscheidungen vol III § 3.13). En un contrato de reparación de automóviles se contenía una cláusula que establecía un derecho de prenda a favor del taller sobre el automóvil en reparación por las deudas ocasionadas en anteriores reparaciones. El Tribunal consideró la cláusula como insólita porque podía frustrar la finalidad económica del nuevo contrato a pesar de que el adherente hubiera cumplido¹⁶⁴.

S. OLG Hamburgo 23.11.1983 (ZIP (1983) p 1432). Recoge un caso similar. Se trataba de una cláusula contenida en un contrato de préstamo por la que el nuevo crédito concedido por un banco debía destinarse prioritariamente a amortizar créditos anteriores: "Con la cláusula -dijo el tribunal- se contradice la finalidad perseguida por el cliente al solicitar el crédito: obtener dinero en efectivo"¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Obsérvese que en este caso hubiera sido necesario que el cliente hubiera conocido efectivamente la cláusula, porque estamos seguros de que de haberlo sabido hubiera llevado su coche a arreglar a otro sitio. El carácter ominoso de la cláusula se reforzaba en este caso porque las partes tenían un litigio respecto a las anteriores deudas, con lo que la retención del coche era una forma de presión poco leal.

¹⁶⁵ Otros ejemplos S. BGH 29.1.1982 (NJW (1982) pp 1035-36) Un sujeto sale fiador de su hermano por un préstamo y ofrece como garantía un terreno suyo. En el contrato de préstamo se incluye una cláusula del siguiente tenor: "La hipoteca sirve como garantía para

Este grupo de cláusulas son declaradas sorprendentes como sanción a una conducta (pretender incluirlas como condiciones generales sabiendo que el cliente no las va a leer) que limita no ya la libertad de determinar el contenido del contrato, lo que es inherente al empleo de condiciones generales sino la propia libertad para vincularse o no, en cuanto surgen "nuevos contratos" sin que el cliente prácticamente lo sepa.

ee) Cláusulas que alteran el precio pactado.

En este grupo es donde resulta especialmente difícil determinar si estamos ante una cláusula sorprendente o ante una cláusula contradictoria con un acuerdo individual. La diferencia con los casos del grupo aa) estriba en que en el que ahora exponemos no se

todas las cantidades presentes o futuras que los prestatarios tuvieran con la Caja". El préstamo para el cual se prestó como garantía la hipoteca fue pagado en su totalidad, pero el hermano recurrió a nuevos créditos de la Caja, créditos que no fueron pagados y la caja reclama al hermano fiador apoyándose en la citada cláusula. El BGH rechaza la demanda señalando que "el fiador que hipoteca un terreno propio para garantizar el pago de un préstamo concreto no tiene por qué contar que sin un acuerdo específico negociado con él, la hipoteca haya de servir como garantía para todos los créditos futuros que surjan en las relaciones entre el deudor y el acreedor...la situación queda completamente fuera del control del fiador quien no puede evitar que el banco siga dándole créditos (aún en condiciones arriesgadas) al fiado". También S. BGH 25.6.1986 (NJW RR (1987) p 45) en un contrato de seguro del buen funcionamiento de un televisor se establecía que en caso de que la reparación del mismo no mereciera la pena, el cliente podía optar por una ayuda para comprar uno nuevo, y que en este caso se consideraba que el nuevo televisor quedaba asegurado en las mismas condiciones que el antiguo. También S. BGH 29.2.1984 NJW (1985) p 53.

destruye el carácter sinalagmático del contrato sino que únicamente se rompe el equilibrio entre prestación y contraprestación producto del precio pactado.

Estas cláusulas son insólitas porque atentan contra la exigencia de transparencia que se desprende de la regla de las cláusulas sorprendentes. El cliente debe poder confiar no sólo en que el contrato contiene la regulación usual, sino también en que el precio pactado -que normalmente ha sido decisivo para formar su voluntad de contratar- no va a resultar otro claramente distinto como consecuencia de la aplicación de las condiciones generales. Es obvio que este tipo de cláusulas frustran las expectativas del cliente respecto del contrato, pero una vez ha de señalarse que no cualquier discrepancias entre expectativas y realidad es relevante¹⁶⁶.

Como decíamos, se discute mucho en la doctrina alemana si estas cláusulas que alteran el precio son sorprendentes o, por el contrario, caen bajo la aplicación de la regla de la prevalencia. La jurisprudencia ha venido aplicando ambos preceptos en cuanto se daban los presupuestos de hecho de ambas normas. Para decidir por una u otra solución debe atenderse a nuestro juicio a las consecuencias. Si a las

¹⁶⁶ Debe recordarse aquí lo dicho respecto a la distinción entre la "claridad" como requisito de inclusión y la falta de "claridad" como presupuesto para la aplicación de la regla contra proferentem (Vid al respecto ALFARO RDM (1987) pp 13-15). Para que la cláusula quede incluida basta con que el cliente pueda hacerse una idea aproximada del contenido de la cláusula. Pues bien, para que no sea sorprendente es necesario que la "idea" o "representación mental" que el cliente se ha hecho sobre el precio no quede alterada sustancialmente por las condiciones generales. Por lo demás, esta es la interpretación que a nuestro juicio debe hacerse del art. 10.1 c) LCU cuando establece como requisito de las condiciones generales el "justo equilibrio de las prestaciones".

cláusulas modificadoras de acuerdos individuales -como el acuerdo sobre el precio- les aplicamos la regla de la prevalencia, las cláusulas son ineficaces (mejor, no se aplican en tanto sea aplicable el acuerdo individual) sin posibilidad de salvación alguna. Por el contrario, si consideramos que son cláusulas sorprendentes lo que ocurre únicamente es que se exigirá al predisponente que aclare al cliente expresa y específicamente el contenido y las consecuencias que para el precio total tienen dichas cláusulas.

¿Qué solución parece más adecuada? A nuestro juicio la segunda. El legislador no tiene interés en que el precio sea fijado en una cifra única, sino en que el cliente sepa lo que está pagando por todos los conceptos, y esta exigencia queda cubierta por la regla de las cláusulas sorprendentes, es decir, imponiendo al predisponente la carga de asegurarse que el cliente conoció efectivamente la cláusula. Por esta misma razón, debe recurrirse a la regla de las cláusulas sorprendentes y no al control del contenido (en el derecho proyectado) cuando el perjuicio para el cliente en contra de las exigencias de la buena fe provenga de la configuración de la cláusula que modifica el precio pactado¹⁵⁷.

La jurisprudencia alemana ha señalado que cuando se establecen precios totales en principio, las cláusulas de condiciones generales que aumentan dicho precio pueden ser sorprendentes¹⁵⁸. El ejemplo "de escuela" es el de la cláusula de IVA según la cual, el precio neto no incluye el impuesto sobre el valor añadido¹⁵⁹. La

¹⁵⁷ Vid. la crítica a la jurisprudencia alemana que ha utilizado el control del contenido en lugar de la regla de las cláusulas sorprendentes para declarar nulas cláusulas de contratos bancarios que aumentan los intereses pactados en J. KÖNDGEN NJW (1989) p 945 y p 950. Este autor matiza lo expuesto en el texto en el sentido de diferenciar dos supuestos: Cláusulas que son sorprendentes por no ser transparentes y cláusulas que precisamente por su falta de claridad son abusivas. Las segundas serían aquellas que recogen aspectos contractuales sometidos normalmente al control del mercado, pero que por el lugar donde se encuentran en el clausulado contractual, o por la configuración que el predisponente les da, quedan excluidas del control del mercado.

¹⁵⁸ Vid BGH 29.9.1983 (NJW (1984), 171).

¹⁵⁹ SCHLOSSER § 3.24; BGH NJW (1974) p 1735.

doctrina entiende mayoritariamente que dicha cláusula es ineficaz frente a un consumidor, pero no así frente a un empresario¹⁷⁰ puesto que en los ámbitos empresariales ha de contarse con ambas posibilidades.

Ejemplos: S BGH 2.3.1978 (BB (1978) p 636) Cláusula que fijaba el precio del trabajo de un detective. Declarada sorprendente porque las circunstancias relevantes para determinar la minuta del detective se encontraban en dos partes distintas del formulario, con lo que el cliente no podía hacerse una idea clara de lo que le iba a costar. Así, al principio del formulario estaba el precio por hora, de lo que cual el cliente podía deducir aproximadamente el coste del servicio. Con las otras cláusulas que provocaban un aumento sustancial del coste no tenía por qué contar el cliente "puesto que normalmente, el precio por hora contiene ya el conjunto de los costes de un empresario".

S BGH 29.9.1983 (NJW 1984 pp 171-173). Cláusula de gastos de entrega en la compra de una vivienda. Se establece una suma como precio global con arreglo a la cual se calculan las mensualidades: "Esto sólo puede ser entendido por el adquirente que lee el proyecto de contrato, en el sentido de que en él están comprendidos todos los costes que van normalmente asociados a la construcción de una vivienda". La previsión de aumentar el precio en 5000 marcos por costes de entrega sólo puede ser entendido en el sentido de que se cobrarán si se producen y previo aviso. La cláusula incluía además costes que nada tenían que ver con la construcción de la casa.

También han ocupado a la jurisprudencia alemana con cierta frecuencia los contratos de atención médica, y en este ámbito los tribunales han declarado insólita la cláusula que permitía a los hospitales pedir una cantidad superior a la facturada en el caso de que con posterioridad al contrato se produjese una elevación de los precios fijados administrativamente con carácter retroactivo (Así LG Düsseldorf 5.10.1978 (NJW (1979) p 605) donde se señaló que el cliente que recibe una liquidación la toma por definitiva y no cuenta con que más tarde ha de abonar una cantidad suplementaria¹⁷¹).

¹⁷⁰ Vid ULMER § 4.20 con precisiones ulteriores.

¹⁷¹ La cláusula es, por lo demás, un buen ejemplo de que sorprendente y abusivo no son lo mismo. En el caso, y analizando los intereses en juego, parece razonable pensar que si la administración fija unos precios y los aumenta con carácter retroactivo, no es abusivo que el hospital pueda trasladar dichos aumentos a su clientela. Pero como afirmó en una sentencia sobre un caso similar el LG Colonia 10.4.1979 -NJW (1979) p 2356- "lo decisivo aquí no es si está justificado o no

Puede ocurrir también, por último, que a pesar de que no se haya pactado un precio expresamente, las cláusulas que determinan el modo de calcular el mismo sean sorprendentes porque se aparten de lo que normalmente suele hacerse.

El control de estas cláusulas empleando el § 3 AGB-G permite a los tribunales alemanes declarar ineficaces cláusulas que permiten al predisponente establecer un "precio abusivo en relación con las condiciones del mercado". La norma adquiere así una función propia respecto a las normas de control del contenido. Dado que éstas no permiten controlar el precio de las prestaciones, cuya fijación se deja al mercado, los abusos en este campo quedan regulados por un lado en la prohibición de la usura (§ 138 BGB) en la aplicación de la regla de las cláusulas sorprendentes cuando el predisponente ha pretendido cobrar más de lo habitual recurriendo a condiciones generales en la conciencia de que el cliente no las lee. Estos contratos no hubieran tenido reparo alguno desde el punto de vista de la AGB-G si el predisponente hubiera cumplido con el "mandato de transparencia" que está detrás del § 3 y las cláusulas de este tipo hubieran sido comunicadas al cliente.

Ejemplos: S OLG Düsseldorf 9.6.1984 (VersR 1984 p 370). En el contrato se establecía que los honorarios médicos se regirían de manera general no por las tarifas públicas dictadas al efecto sino por las fijadas por una asociación médica en su límite superior. Además, según el grado de dificultad de la operación podía cobrarse hasta tres veces la tarifa marcada en dichas normas privadas. El tribunal fundamenta el carácter insólito de la cláusula en los siguientes argumentos: Dichas condiciones generales no eran usuales, en concreto en lo que se refería a que se aplicaran con carácter general los precios fijados en dichas tarifas privadas y no en las públicas. Sobre todo era inusual que se pretendiera "con carácter general" cobrar aquéllas en su cuantía más alta sin atender a las circunstancias, cuando precisamente dichas tarifas contenían un baremo para que se atendiese a las circunstancias concretas de la operación. Aparte de todo ello, las cláusulas estaban en letra pequeña (más pequeña que el resto del clausulado)¹⁷².

el aumento sino la cuestión de si puede pretenderse su validez frente al cliente, porque estas cosas -la posibilidad de subida- hay que ponerlas en el contrato, no en condiciones generales".

¹⁷² Similar LG Munich I 4.3.1981 NJW (1982) pp 2130-31.

IX. El "efecto sorpresa" y su eliminación.

1. Hemos señalado que resulta característico de las cláusulas insólitas su aptitud genérica para producir un efecto sorpresa en el cliente. Ambos caracteres (carácter insólito y efecto sorpresa) son requisitos esenciales para la aplicación del § 3 AGB-G de modo que si la cláusula insólita no produce en el caso concreto el efecto sorpresa por las circunstancias de celebración del contrato, queda incluida válidamente en el mismo.

Para determinar si la cláusula es susceptible de producir el efecto sorpresa debe utilizarse como patrón de medida la figura del cliente medio¹⁷³, por las mismas razones que veíamos al analizar la cuestión respecto de los restantes requisitos de inclusión. Naturalmente, cuando el carácter insólito no provenga de las condiciones generales en su contenido o configuración externa sino de las circunstancias que rodean la celebración del contrato que tengan carácter individual habrá que estar a lo que pudo esperar el cliente concreto¹⁷⁴. Esta valoración habrá de tener en cuenta las especiales características del grupo de clientes frente a los que se van a emplear las condiciones generales¹⁷⁵.

¹⁷³ Doctrina mayoritaria vid. por todos ULMER § 3.13 con indicaciones suficientes.

¹⁷⁴ Así también ULMER § 3.13 a).

¹⁷⁵ Así, por ej. las especiales características de los contratantes en el caso de los contratos de asistencia médica en hospitales. Su situación psíquica y

2. La eliminación del efecto sorpresa, y la consiguiente incorporación de la cláusula al contrato, puede lograrla el predisponente asegurándose que el cliente conocía la cláusula en cuestión o en todo caso, cuando dadas las circunstancias, era razonable pensar que la conocía. Tal ocurrirá de manera general cuando el empresario haya llamado la atención del cliente expresamente sobre ellas, haciendo una referenciá clara y explicando su contenido¹⁷⁶.

Para concretar este criterio y permitir su aplicación práctica conviene tener en cuenta, en primer lugar, que la regla de las cláusulas sorprendentes constituye un reforzamiento de la transparencia en relación con los restantes requisitos de inclusión, donde ya se obliga al predisponente a garantizar al adherente una posibilidad razonable de conocer la existencia y contenido de las condiciones generales. Por lo tanto, para que las cláusulas insólitas queden incorporadas, hace falta algo más que la posibilidad de conocimiento. De aquí que no pueda presumirse que la conocía por el mero hecho de que hubiera podido conocerla desplegando una diligencia ordinaria.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta la mayor o menor importancia de la cláusula en cuestión respecto a

física no es idéntica al que va a contratar un préstamo. Vid AG Bad Homburg 19.9.1977 en BUNTE Entscheidungssammlung I § 3.17.

¹⁷⁶ Por todos ULMER § 3. 23-24; LINDACHER § 3.25 con máyores precisiones.

la voluntad del cliente de contratar o no contratar, siendo proporcionalmente más exigentes según la importancia de la cláusula.

La jurisprudencia alemana ha ido perfilando qué actuaciones del predisponente se consideran suficientes y cuáles no.

a) Así, no es suficiente: aa) Que el cliente haya leído las condiciones generales: " Las cláusulas sorprendentes carecen de eficacia entre otras razones porque no es posible a menudo para un lector lego en Derecho extraer su significado y alcance a través de su inmediata lectura" (S. BGH NJW (1978) p 1520)¹⁷⁷. bb) Que el notario las haya leído en voz alta, (S. OLG Karlsruhe 11.4.1984). cc) Tampoco una referencia en el anverso antes de la firma a la cláusula que se encuentra en el reverso (AG Bad Homburg 19.1.1977 BUNTE Entscheidungssammlung I § 3.17).

b) Sí se ha considerado suficiente: Cuando la referencia a la cláusula concreta está hecha por el predisponente de modo suficientemente claro, las condiciones generales están divididas por partes cada parte con su número correspondiente etc (S. BGH 24.9.1980 NJW (1981) pp 117-118)¹⁷⁸). Esta tendencia jurisprudencial ha sido criticada con razón por Lindacher cuando señala que no puede esperarse que el cliente haya conocido el contenido de una cláusula insólita por el hecho de que las condiciones generales se presenten en forma clara y ordenada de manera que pueda conocerse su contenido sin emplear demasiado tiempo. Tal concepción además de hacer difícil la distinción entre la regla de las cláusulas sorprendentes y las demás reglas de inclusión, olvida que "a priori todas las condiciones generales son potencialmente relevantes" de modo que el cliente vendría así obligado a leerlas todas, por lo que resulta necesario que se cumplan requisitos añadidos, como por ejemplo, que el clausulado contractual sea muy breve o que la cláusula en cuestión esté especialmente destacada o situada muy cerca de la firma etc¹⁷⁹. A nuestro juicio, y de acuerdo con lo que se dijo, no pueden hacerse afirmaciones generales. Cuando las consecuencias para el adherente del desconocimiento sean más graves, no bastará con que la redacción sea clara y visible, sino que será necesaria una explicación concreta y clara sobre el sentido de la cláusula¹⁸⁰ hasta el punto de que

¹⁷⁷ En este sentido ULMER § 3.24; LINDACHER § 3.25.

¹⁷⁸ En realidad en este caso no se trataba de una cláusula insólita por su contenido por lo que la declaración del tribunal no parece generalizable. En sentido similar, S. BGH 13.2.1980 NJW (1980) pp 1619-20.

¹⁷⁹ LINDACHER § 3.27.

¹⁸⁰ Lo que admite también ULMER § 3.24.

puede ser necesario incluso un acuerdo individual al respecto.

La referencia clara y expresa a la cláusula debe hacerse previa o simultáneamente a la celebración del contrato, por lo que la posterior es, según la doctrina mayoritaria, irrelevante¹⁸¹.

X. La utilización de la regla en el ámbito abstracto

Como señalamos en la introducción, el AP (arts. 28ss) recoge junto al control individual un control abstracto de las condiciones generales basado en una acción de cesación a favor de determinadas asociaciones (Verbandsklage) que tiene como objeto prohibir la utilización en el futuro de la cláusula considerada abusiva. La acción tiene que basarse en el hecho de que la cláusula sea ineficaz con arreglo a las normas de control del contenido.

Hasta hace poco se afirmaba generalizadamente que la regla de las cláusulas sorprendentes no es de aplicación al ámbito abstracto, de modo que no podría basarse una acción de cesación en el carácter sorprendente de una cláusula de manera exclusiva.

La razón estriba en que la acción de cesación está orientada al futuro y a todos los casos posibles con independencia de las circunstancias del caso concreto y para determinar si una cláusula es o no sorprendente hay que acudir a las circunstancias del caso¹⁸². Así pues, la razón estaría en la imposibilidad de generalización de las decisiones tomadas en el ámbito del § 3 AGB-G.

Cabría preguntarse si los argumentos son definitivos. Cuando el carácter insólito de la cláusula proviene de las circunstancias que acompañan la celebración del contrato, obviamente la solución no es susceptible de generalización. Pero cuando la cláusula

¹⁸¹ Así, ULMER § 3.24. SCHLOSSER considera posible "notificar" la cláusula con posterioridad cuando se eliminan sus efectos sorprendentes antes de su aplicación en contra del cliente y cuando se trate de cláusulas que imponen cargas al cliente relativamente fáciles de cumplir con consecuencias perjudiciales en caso de no hacerlo (SCHLOSSER § 3.38).

¹⁸² Vid S OLG Frankfurt 11.9.1980 NJW (1981) p 130; BGH 18.2.1982 en BUNTE Entscheidungssammlung vol III § 3.1 entre otras. En la doctrina, por todos, ULMER § 3.5.

es insólita porque atenta contra el tipo ¿por qué no? Esta es una circunstancia que se dará siempre que una cláusula de este tipo se encuentre en un contrato de ese tipo. Hoy un sector importante de la doctrina admite consecuentemente la utilización de la regla en el ámbito abstracto¹⁸³. La única diferencia es que el predisponente no podría volver a usar dicha cláusula salvo que la destacase de manera que el cliente hubiera tenido que conocerla, eliminando así el efecto sorpresa. De ello se deduce una directriz para los jueces de gran importancia. Cuando, en el control abstracto, la cláusula sea abusiva y sorprendente a la vez, debe preferirse la utilización del control del contenido para que el predisponente no sienta la tentación de seguir utilizándola aunque sea haciendo una referencia expresa y clara a la misma.

§ 16. LA INCORPORACION DE LAS CONDICIONES GENERALES AL CONTRATO EN LAS RELACIONES ENTRE EMPRESARIOS. UN SUPUESTO ESPECIFICO: LAS "GUERRAS DE FORMULARIOS".

I. Planteamiento del problema.

Los requisitos de inclusión contenidos en la LCU se aplican, de acuerdo con su ámbito de aplicación general, a las relaciones entre empresarios y consumidores. La incorporación de las condiciones generales en las relaciones entre empresarios sigue rigiéndose por las reglas generales como es natural, aquí no vamos a ocuparnos de esas reglas generales por ser bien conocidas y, según hemos dicho, en las relaciones entre empresarios no son de aplicación las reglas específicas de inclusión. En cambio, merece la

¹⁸³ Así PALANDT/HEINRICHS § 13.2; LÖWE (2a ed) § 13.23; en conclusión también HENSEN § 13. 7 y 8; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 106.

pena detenerse en un supuesto de enorme interés y muy recurrente que es el de la colisión entre condiciones generales o, graficamente denominado, "guerra de formularios" (the battle of the forms). En este caso es preciso buscar una solución no programada por el derecho general.

En el tráfico entre empresarios es frecuente que las dos partes de una transacción posean sus propias condiciones generales y pretendan ambas incorporarlas al contrato, con lo que el contenido del mismo no queda claramente establecido en la medida en que las condiciones de una y otra parte diverjan. El supuesto típico puede ejemplificarse del siguiente modo:

"El comprador envía una carta-pedido acompañada de sus condiciones generales entre las que se encuentra una que dice: '1º El contrato quedará regulado por nuestras condiciones generales exclusivamente. 2º Las condiciones de venta del proveedor sólo formarán parte del contrato cuando sean aceptadas por escrito por el comprador. La recepción de la mercancía sin reservas no significa la aceptación de las condiciones generales del vendedor''. El vendedor por su parte acompaña su escrito de confirmación del pedido de sus condiciones generales, condiciones en las que se establece: '1º El pedido se servirá exclusivamente conforme a nuestras condiciones generales. 2º Las condiciones generales de compra contrarias sólo tendrán relevancia cuando sean reconocidas por escrito'¹⁸⁴.

Al poco tiempo del envío del escrito de confirmación, el vendedor entrega la mercancía que es aceptada sin reservas por el comprador, quien pasado algún tiempo demanda al vendedor por vicios o por cualquier otro problema relacionado con el contrato.

La colisión entre condiciones generales plantea dos problemas: en primer lugar, decidir si se ha celebrado un contrato; y en segundo lugar, y en caso de que

¹⁸⁴ H. EBEL "Die Kollision der AGB" NJW (1978) p 1033.

contestemos afirmativamente a la cuestión anterior, determinar el contenido del mismo.

II. La existencia del contrato.

El primer aspecto problemático en este tema es, en efecto, decidir si la colisión entre condiciones generales impide afirmar que las partes hayan celebrado válidamente el contrato. Al referirse cada uno de ellos a sus propias condiciones generales no se habría producido el in idem placitum consensus que exige el art. 1261 CC como elemento esencial del contrato.

Esta solución no es, sin embargo, realista ni está justificada desde el punto de vista de la voluntad de las partes. Negar la existencia de un contrato en estos casos supone no tener en cuenta la realidad económica¹⁸⁵, que demuestra lo frecuente de estas colisiones, ni el interés de las partes en la ejecución del contrato¹⁸⁶.

Por ello, la jurisprudencia y la doctrina de otros países han optado por admitir la existencia de un contrato en estos supuestos apoyándose fundamentalmente

¹⁸⁵ Vid. ULMER § 2. 98 nota 262 quien recoge una expresiva anécdota narrada por KEGEL (JZ (1952) p 501): En una vista en Inglaterra, el juez pregunta: ¿Por qué no dejaron claro qué condiciones generales deberían valer, las suyas o las de su contraparte? Respuesta: "Porque entonces no hubieramos conseguido el contrato, además, no teníamos tiempo". "Entonces, ¿para que tiene Vd. condiciones generales?" "¿Para qué? ¡Todo el mundo las tiene!".

¹⁸⁶ P. H. STRIEWE "Kollidierende Allgemeine Geschäftsbedingungen: Vertragsschluss und Vertragsinhalt" JUS (1982) pp 729-730.

en dos vías:

a) El esquema oferta/aceptación: Es el remedio más tradicional y que ha venido siendo utilizado por la jurisprudencia de nuestro país. Este remedio puede formularse en los siguientes términos: Cuando A (comprador) realiza una oferta de compra remitiéndose a sus condiciones generales y B (vendedor) contesta aceptando pero remitiéndose a su vez a sus propias condiciones generales B, en realidad, no está aceptando sino que está emitiendo una contraoferta en cuanto su declaración no se encuentra plenamente adaptada a la oferta¹⁸⁷. Es necesario, pues, que A acepte dicha contraoferta y, dicha aceptación se manifestará, normalmente en la recepción de la mercancía sin protesta por parte del comprador¹⁸⁸. Esta solución, llamada teoría de la última palabra, ha sido objeto de importantes críticas. En primer lugar, no consigue su objetivo de evitar la ineficacia del contrato mas que parcialmente, ya que en el caso de que el contrato no haya sido todavía ejecutado, no habría ninguna conducta de las partes que tuviese el valor de aceptación, y por lo tanto, habría que considerar que no se había celebrado ningún contrato. En segundo lugar, es más que dudoso que la recepción de la mercancía sin objeción signifique en la generalidad de los casos aceptación de

¹⁸⁷ El carácter de contraoferta de las "aceptaciones modificativas" está fuera de toda duda (Vid. por todos DIEZ-PICAZO Fundamentos I p 211).

¹⁸⁸ Un ejemplo de este modo de proceder en la jurisprudencia puede verse en STS 15.5.1975 (RDM (1975) pp 147-148).

las condiciones generales de la otra parte¹⁹⁰. Por último, en lo que hace a la existencia del contrato, la tesis que examinamos provoca una grave inseguridad y problemas de prueba respecto a la existencia o no de aceptación de las modificaciones etc¹⁹¹.

Este modo de resolver el problema sólo es admisible cuando se produce una auténtica negociación, en el sentido de que las partes no llevan a cabo un diálogo de sordos respecto a las condiciones generales, sino que en sus diferentes declaraciones se refieren a cláusulas concretas de las condiciones generales de la otra parte, modificándolas en puntos concretos¹⁹². Hablar de que el sucesivo envío y reenvío de los condicionados supone emitir una declaración de voluntad modificatoria de la de la otra parte resulta bastante artificial, por lo

¹⁹⁰ STRIEWE JuS (1982) p 729. V. además, en el modelo transcrito en el texto, la cláusula de "defensa" del comprador negando expresamente que tal significado pueda atribuirse a su conducta.

¹⁹¹ F. GRAF VON WESTPHALEN "Kollision von Einkaufs- u. Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluss" DB (1976) p 1317. Debe añadirse el "efecto ping-pong" que esta forma de proceder provoca en cuanto que cada parte tratará de ser el último que mencione sus condiciones generales para que sean las suyas las que queden incluidas en el contrato. Vid. además una crítica del "contract approach" en el Derecho inglés en W. HOWARTH "Contract Reliance and Business Transactions" JBL (1987) pp 122-130 especialmente pp 125 ss.

¹⁹² Como ocurría en el caso de la STS 15.2.1975 (RDM (1975) pp 147-148) donde el vendedor, ante la carta-pedido del comprador acompañada de unas condiciones generales, responde negándose a admitir dos concretas y contesta en este sentido. El comprador no responde y admite sin objeciones la mercancía. En este caso sí, el valor de su conducta es el de una aceptación tácita de las modificaciones introducidas por la otra parte. Así lo entendió el Tribunal Supremo. Vid también en el sentido del texto WOLF § 2.72.

tanto, no es que el esquema sea inútil, sino sobre todo que no se dan los presupuestos de hecho que justifican su aplicación.

b) El esquema consenso/disenso: La nulidad parcial del contrato con condiciones generales contradictorias. Todas estas objeciones han llevado a la doctrina a ensayar otro tipo de solución menos formalista y más fundamentada en la voluntad de las partes.

En Alemania, dicha solución se ha encontrado en la aplicación a contrario de los §§ 154 y 155 BGB que regulan el disenso consciente y el disenso inconsciente respectivamente.

Según el § 154 BGB "En tanto las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre todos aquellos puntos sobre los que según la voluntad de cualquiera de las partes debería alcanzarse un acuerdo, se considera en la duda que el contrato no ha quedado celebrado". El § 155 por su parte establece que "si las partes de un contrato que aparentemente se ha concluido no se han puesto realmente de acuerdo sobre un aspecto sobre el que deberían haber alcanzado un acuerdo, se considera válido lo acordado en tanto se pueda presumir que el contrato se hubiera celebrado sin una previsión sobre ese punto"¹⁹².

Como hemos señalado, no parece razonable pensar que en caso de colisión entre las condiciones generales de ambas partes, éstas deseen que el contrato no valga, cuando normalmente ha existido acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato y, sobre todo, ninguna de las partes se ha preocupado de ocuparse de rechazar expresamente las condiciones generales contrarias¹⁹³,

¹⁹² Vid. ULMER § 2.98; GRAF VON WESTPHALEN § 2.45; KÖTZ MünchKomm § 2.31. Contra STRIEWE JuS (1982) p 730.

¹⁹³ Por otra parte, reclamar la ineficacia del contrato entero por cualquiera de las partes en estos casos iría probablemente en contra de la doctrina de los actos propios: "no es compatible con la buena fe no eliminar la duda sobre la validez de las condiciones generales a pesar de existir una posibilidad de hacerlo y luego apelar a este estado de cosas en su beneficio aduciendo que como consecuencia de la ineficacia de las

supuesto en el que como veíamos puede considerarse que sí que estamos ante auténticas contraofertas. Por lo tanto, la voluntad de las partes se interpreta correctamente admitiendo que el contrato ha quedado válidamente celebrado a pesar de la falta de coincidencia entre las condiciones generales. Estas no pasan a formar parte del contrato, pero el contrato sigue siendo válido.

Sólo en un supuesto, además del examinado en la STS citada, cabría mantener la postura contraria, y es el caso de que de las circunstancias se deduzcan que cualquiera de las partes no hubiera celebrado el contrato de no incluirse sus condiciones generales en el mismo. En este caso, habría que predicar la nulidad total del mismo por falta de uno de los elementos esenciales. Para deducir esta voluntad, no basta con que exista una "cláusula defensiva" como la expuesta en el ejemplo ya que éstas sirven fundamentalmente a finalidades estratégicas en la negociación y no traducen una voluntad inflexible por parte del que las utiliza¹⁹⁴.

El expediente dogmático para justificar la validez del contrato es el de la nulidad parcial conforme a la voluntad de las partes¹⁹⁵. Lo que se traduce en que las condiciones generales contradictorias no pasan a formar parte del contrato, pero éste sigue siendo válido en lo demás. Solución que es la que con carácter general para las condiciones generales en contratos con consumidores

condiciones generales se siga que no ha existido un contrato válidamente celebrado" STRIEWE JuS (1982) p 730 y en el mismo sentido cuando se ha iniciado la ejecución del contrato, por todos, KRAMER en MünchKomm § 154.7.

¹⁹⁴ ULMER § 2.99; STRIEWE JuS (1982) p 730.

¹⁹⁵ Vid DE CASTRO Negocio pp 493-494.

establece el art. 10.4 LCU¹⁹⁶.

III. El contenido del contrato.

Una vez resuelta afirmativamente la validez del contrato es necesario determinar cuál habrá de ser su contenido. La respuesta es bastante sencilla: la contradicción entre las cláusulas impide que éstas queden incluidas en el contrato, por lo que se produce una laguna en el contrato que debe ser cubierta por el derecho dispositivo¹⁹⁷.

Más detalladamente, esta solución supone lo siguiente:

¹⁹⁶ En la doctrina alemana, SCHLOSSER (§ 2. 83) ha basado precisamente en el precepto paralelo al 10.4 de la AGB-Gesetz la solución propuesta. STRIEWE (JuS (1982) p 730 y WOLF § 2.78) señala sin embargo, que una aplicación directa del precepto no es posible, porque el mismo regula que pasa con el resto del contrato cuando las condiciones generales son ineficaces, esto es, presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado. Por esta razón realiza simplemente una aplicación analógica del precepto. Ello resulta necesario en Alemania porque la regla general allí en caso de nulidad parcial es la nulidad total (§ 139 BGB), por lo que el instrumento no es utilizable.

¹⁹⁷ Esta era la solución propuesta durante la discusión parlamentaria de la AGB-G para resolver el problema de la guerra de los formularios: El Bundesrat en efecto, pretendió incluir un precepto del siguiente tenor: "Si ambas partes se refieren a sus condiciones generales y éstas son contradictorias total o parcialmente y por ello no han alcanzado un acuerdo se consideran ineficaces las condiciones generales contradictorias y se aplica el § 5. 2 y 3" (la ref. debe entenderse hecha al § 6 (consecuencias de la no inclusión y de la ineficacia)) apud GRAF VON WESTPHALEN DB (1976) p 1317 quien explica además que la no aceptación de la propuesta se debió únicamente a que no se consideró oportuno regular la cuestión en la ley, y no a que se considerase que no debió ser ésa la regulación apropiada.

a) No quedan incluidas en el contrato las condiciones generales que sean contradictorias entre si, por lo tanto, las coincidentes pasan a formar parte del mismo¹⁹⁸. La razón es clara: respecto a estas condiciones existe acuerdo (aunque sea un acuerdo "inconsciente"¹⁹⁹) y no hay ninguna razón para no aplicarlas. La consecuencia en el ámbito del Derecho de las condiciones generales es que no podría considerarse a ninguna de las partes como predisponente²⁰⁰.

Determinar qué cláusulas son coincidentes y cuáles contradictorias es cuestión de interpretación. Al respecto pueden darse las siguientes orientaciones:

aa) El juez no debe tratar de encontrar un denominador común para eliminar las contradicciones, porque ello redundaría en beneficio de la parte que hubiese establecido en sus condiciones generales una regulación más amplia²⁰¹.

Ejemplo: en las condiciones generales del comprador consta: "el pago se hará en un plazo de doce semanas". En las del vendedor, por el contrario se indica que el plazo de pago será de cuatro semanas²⁰². No cabe decidir que el plazo fue fijado en cuatro o en doce sin

¹⁹⁸ Vid por todos ULMER § 2.102; STRIEWE JuS (1982) pp 731-732.

¹⁹⁹ vid WOLF § 2.77 "Gleichgültig ob die Parteien die Übereinstimmung kennen. Es kommt allein auf die tatsächliche Übereinstimmung an".

²⁰⁰ ULMER § 2.102. A nuestro juicio, hay algo más. En este caso no estamos ante condiciones generales en sentido legal en cuanto falta el elemento de la imposición, por lo tanto no tiene sentido la aplicación del Derecho de las condiciones generales.

²⁰¹ Doctrina mayoritaria. Vid por todos ULMER § 2.102; STRIEWE JuS (1982) p 732; WOLF § 2.77.

²⁰² Apud SCHLOSSER § 2.85.

beneficiar a una de las partes. En realidad, de hacerlo estaríamos ante una aplicación errónea del argumento "quien quiere lo más quiere lo menos". Otra cosa es que en determinados casos sea posible armonizar las regulaciones teniendo en cuenta los intereses de ambas partes.

bb) El juez tampoco puede sustituir a las partes y "compensar" unas cláusulas con otras tratando de equilibrar la relación. El equilibrio resultará de la aplicación del Derecho dispositivo.

b) Las cláusulas contradictorias se sustituyen por el Derecho dispositivo, como es lo normal en los casos de nulidad parcial²⁰³.

c) Queda finalmente por determinar qué ocurre con aquellas condiciones generales que regulan aspectos que no han sido previstos por las condiciones generales de la otra parte? En otras palabras, se hace preciso averiguar si las condiciones generales unilaterales pasan a formar parte del contrato o no.

La respuesta más acertada consiste, a nuestro juicio, en considerar que en principio, respecto a dichas cláusulas, no existe acuerdo entre las partes, porque su incorporación al contrato responde exclusivamente a una de las partes, por lo que deben considerarse como cláusulas de condiciones generales y aplicarles el control del contenido, ya que entonces si que se dan los presupuestos para que podamos hablar de que estamos ante condiciones generales en sentido legal, en cuanto hay predisposición e imposición. Esta respuesta es, además, coherente con lo que se señaló

²⁰³ Doctrina unánime. Por todos ULMER § 2.103; STRIEWE JuS (1982) p 732.

anteriormente en el sentido de que de adoptar la contraria se estaría incentivando a los predisponentes a regular todas las cuestiones posibles. La doctrina sin embargo, admite además la validez de aquellas condiciones que benefician a la otra parte y que no presentan conexión con cláusulas contradictorias, de forma que pudiera deducirse que no fueron queridas²⁰⁴.

²⁰⁴ Por la respuesta negativa en general STRIEWE JuS 1982 p 732; SCHLOSSER § 2.80. En el sentido del texto WOLF § 2.79 y ULMER § 2.104 quienes añaden además el supuesto de que puedan considerarse aceptadas tácitamente porque se trate de condiciones generales usuales en el sector del tráfico correspondiente. A nuestro juicio, esta opinión es aceptable sólo en la medida del art. 1287 CC, es decir, como cláusulas concretas que de ordinario suelen establecerse, no como condicionados generales que se utilicen frecuentemente.

CAPITULO 4

CONSECUENCIAS DE LA NO INCLUSION Y DE LA INEFICACIA DE
LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS.

Sumario

§ 17 INTRODUCCION: DESCRIPCION DEL CONTENIDO DE LA NORMA.

§ 18 PRIMERA REGLA: LA REGLA DE LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO.

- I La nulidad parcial en general. Encuadramiento del supuesto del art. 10.4 LCU en el marco de la doctrina general de la nulidad parcial.
- II Fundamento de la nulidad parcial prevista en el art. 10.4 LCU.
- III Ambito de aplicación del art. 10. 4 LCU. El mantenimiento del contrato en el caso de no inclusión y teoría general, y nulidad de condiciones generales por causas ajenas a la LCU.
- IV Ambito de la nulidad parcial. Planteamiento del problema.
- V El concepto de cláusula.
- VI Las cláusulas "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes".
- VII La reducción conservadora de la validez.
- VIII Control de la eficacia y control del ejercicio.

§ 19. SEGUNDA REGLA: LA REGLA DE LA INTEGRACION DEL CONTRATO: EL REGIMEN SUSTITUTIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES INEFICACES.

- I Planteamiento.
- II La eliminación de las cláusulas nulas sin sustitución.
- III La determinación automática de la regulación sustitutiva.
- IV La no necesidad de determinar concretamente la regulación sustitutiva debido a la conducta realizada por las partes.
- V Los mecanismos de integración del contrato.
- VI Cláusulas salvatorias.
- VII Las normas legales como regulación sustitutiva de las condiciones generales ineficaces. Función del Derecho dispositivo.
- VIII La extensión del Derecho dispositivo.
- IX Insuficiencia del Derecho dispositivo.
- X Instrumentos alternativos para la integración del contrato: la interpretación integradora del contrato.
- XI La admisibilidad de la interpretación

- integradora en el Derecho español.
- XII Configuración de la interpretación integradora en el Derecho español: la interpretación del art. 1258 CC.
- XIII La interpretación integradora en el ámbito de las condiciones generales: posibilidades y límites.
- XIV La integración de los contratos con condiciones generales ineficaces.

§ 20. TERCERA REGLA: LA NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO COMO REGLA EXCEPCIONAL: EL ARTICULO 10.4.II LCU.

- I El contenido de la norma.
- II Naturaleza jurídica de la ineficacia del art. 10.4 II LCU.
- III Criterios para determinar la aplicabilidad del art. 10.4 II LCU.
- IV Grupos de casos.

CAPITULO 4.

CONSECUENCIAS DE LA NO INCLUSION Y DE LA INEFICACIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS.

§ 17. INTRODUCCION: DESCRIPCION DEL CONTENIDO DE LA NORMA.

1. El artículo 10.4 LCU establece que las cláusulas de condiciones generales que no reunan los requisitos del art. 10.1 se consideran nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas, añadiendo a continuación, que el contrato mismo será ineficaz en su integridad cuando las cláusulas subsistentes determinen una posición inequitativa de las partes respecto de la relación contractual.

De forma similar, el art. 27 del AP establece que "cuando todas o algunas de las cláusulas contenidas en unas condiciones generales de la contratación no se consideren incluidas en un contrato por no haberse cumplido lo dispuesto en el art. 40 o sean declaradas

ineficaces por aplicación de los arts. 8 a 16 (control del contenido), el resto del contrato, en su caso, conservará su validez, integrándose con las disposiciones legales, si existieran, siempre que su aplicación no conduzca a resultados distintos a los que las partes persigan al realizar el contrato"¹.

Desde el punto de vista dogmático, el supuesto principal contemplado por la norma examinada es un supuesto de nulidad parcial del contrato, que se funda, no en la voluntad presumible de las partes, sino en la finalidad protectora de las normas que provocan la nulidad. La norma recoge además un supuesto excepcional de nulidad total para los casos en los que el control del contenido determine una grave alteración del equilibrio económico originariamente previsto.

2. El sentido de la norma es más claro que su expresión legal. En efecto, de los tres puntos que aquí se han señalado como contenido de la regulación del art. 10. 4 LCU, la norma sólo recoge expresamente dos: que se tendrán por no puestas y serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que no superen el control; y que todo el contrato será nulo en caso de desequilibrio contractual. Sin embargo, la norma guarda silencio sobre la validez del resto del contrato² y sobre el régimen

¹. La misma regla se encuentra muy extendida en el derecho comparado: vid. § 6 AGB-G, Arts 9,13 y 14 del Decreto-ley portugués sobre Cláusulas contractuales generales de 1985; art. 35 II de la ley francesa 78/23 de 10 de enero.

² El art. 27 AP, según hemos visto, es más completo en este punto en cuanto prevé expresamente que "el resto del contrato... conservará su validez"

jurídico aplicable a la integración³.

a) La primera ausencia se suple sin mayores dificultades empleando el argumento a contrario e interpretando el sentido de la expresión legal: el legislador ha establecido claramente un supuesto de nulidad parcial del contrato. Así se infiere, en primer lugar, del párrafo segundo del art. 10. 4 LCU, que, al establecer que en caso de desigualdad "será ineficaz el contrato mismo", da por supuesto que la regla general es justamente la contraria, esto es, que a pesar de la ineficacia de alguna o algunas condiciones generales, el contrato sigue siendo válido. Dicha conclusión se corrobora, en segundo lugar, con las expresiones utilizadas por el legislador, que son las típicas de nulidad parcial. Particularmente expresivo es que el precepto afirme "se tendrán por no puestas"⁴. No parece que esta conclusión ofrezca dudas⁵.

b) La segunda ausencia no tiene una solución tan sencilla. El legislador no ha previsto el modo de cubrir las lagunas contractuales que lógicamente se

³ Al mismo tiempo, la norma contiene otras imprecisiones en cuanto ordena la nulidad para el incumplimiento de los requisitos anteriores, cuando entre los "anteriores" se encuentran disposiciones sobre interpretación de las condiciones generales que tienen consecuencias jurídicas diferentes a la nulidad.

⁴ Comp. art. 1116 II CC que la doctrina considera como un ejemplo sobresaliente de nulidad parcial del contrato.

⁵ En el mismo sentido DUQUE 3 EC (1984) p 67; LOPEZ-SANCHEZ RGLJ (1987) p 647; R. BERCOVITZ Estudios p 202; F. JORDANO FRAGA "Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual" RDM (1984) p 698.

producen en el contrato en los casos de nulidad parcial. Para solucionar este problema, en principio, cabría pensar que el contrato no requiere integración alguna, sino que simplemente queda formado por las cláusulas que hayan resistido el control⁶.

A nuestro juicio, sin embargo, esta interpretación no sería correcta, ni siquiera posible dentro de nuestro sistema legal. El contrato amputado tiene por fuerza que ser integrado de acuerdo con las reglas generales, puesto que lo contrario significaría tanto como ordenar al juez que se abstuviera de resolver el eventual conflicto entre las partes en el caso de que el contrato careciera de regulación expresa de la cuestión (arg. ex art. 1.7 CC). El sentido de la expresión legal "no obstante cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación inequitativa de las partes..." es muy otro. Se trata simplemente de proporcionar al juez un criterio para decidir en qué casos ha de optar por la nulidad total del contrato.

Con ello, sin embargo, no queda resuelta la cuestión planteada: cómo determinar el régimen sustitutorio de las condiciones generales declaradas nulas. A nuestro juicio, la respuesta es clara. A falta de normas específicas, habrá que recurrir a las reglas

⁶ A favor de esta solución podría invocarse el propio tenor del párrafo segundo del art. 10.4 LCU ahí donde dice que "no obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación inequitativa..." Vid. la opinión crítica al respecto de R. BERCOVITZ Estudios pp 202-203.

generales de integración de los negocios jurídicos⁷. Por consiguiente, en primer lugar, habrá que aplicar las normas del derecho dispositivo, y en su defecto, la integración se llevará a cabo de acuerdo con los criterios del art. 1258 CC, a tenor del cual habrá de estarse a todas las consecuencias que según la naturaleza de la obligación sean conformes con la buena fe, el uso y la ley.

3. En resumen, pues, el contenido del art. 10.4 LCU -y con ello el de este capítulo- puede describirse así:

a) Nulidad de las cláusulas que no superen el control de la inclusión o del contenido y, consecuentemente, validez del resto del contrato (primera regla).

b) Integración del contrato recurriendo a las normas del Derecho dispositivo y, en su defecto, a las derivadas de la buena fe y los usos (segunda regla).

c) Nulidad total del contrato en los casos excepcionales en los que el control provoque un desequilibrio notable en la economía del contrato (tercera regla).

§ 18. PRIMERA REGLA: REGLA DE LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO.

⁷ En el mismo sentido, LACRUZ Elementos II 2º p 376. Contra aparentemente al menos, R. BERCOVITZ Estudios pp 201-202. Sobre este problema vid ampliamente infra § 19.v.

I. La nulidad parcial en general. Encuadramiento del supuesto del art. 10.4 LCU en la doctrina general de la nulidad parcial.

1. Para encuadrar correctamente el supuesto de nulidad parcial recogido en el art. 10.4 LCU, conviene trazar con carácter previo el marco general de esta institución. La nulidad parcial trata de atender a la siguiente cuestión: cuando una parte del contrato resulta contraria a Derecho y el resto es conforme con el ordenamiento ¿debe declararse la nulidad también de la parte conforme o ésta puede considerarse válida por sí sola? La doctrina recurre a dos criterios distintos para resolver la cuestión: por un lado a la voluntad presumible de las partes y por otro, a la finalidad de la norma imperativa cuya infracción provoca la nulidad^a. Estos criterios son, en efecto los que han de utilizarse para resolver la cuestión. A los efectos de situar correctamente el supuesto del art. 10.4 LCU, resulta conveniente, por ello, que establezcamos el modus procedendi determinando las reglas de prioridad. A tal fin han de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

a) En primer lugar, debe acudirse a la norma que provoca la nulidad. Esta puede contener alguna de las

^a Vid. en general, DE CASTRO Negocio pp 491-95; LACRUZ-DELGADO Elementos pp 294-295; DIEZ-PICAZO Fundamentos I pp 305-306 y ADC (1961) p 829; con detalle G. CRISCUOLI La nullità parziale del negozio giuridico Milán 1959; PIERER VON ESCH Teilnichtige Rechtsgeschäfte, 1968.

siguientes previsiones: aa) puede contener una regla expresa sobre la validez o nulidad del resto del contrato ordenando el mantenimiento del resto y dictando una regulación sustitutiva de la parte nula (normas imperativas-sustitutivas o, más exactamente, Derecho imperativo con función de modelo de regulación), o bien imponer únicamente el mantenimiento del contrato y remitirse a las reglas generales para llevar a cabo la integración, o bien, por fin, ordenar la nulidad del contrato entero. bb) La norma que ordena la nulidad de una parte del contrato puede, sin embargo, carecer de reglas expresas respecto de las consecuencias de la nulidad, en cuyo caso habrá que acudir a la finalidad de la norma para decidir cuál es la solución que responde mejor a la misma.

b) Cuando de la norma que provoca la nulidad no quepa inferir una solución determinada, y en virtud del respeto a la autonomía privada, la cuestión de la validez o la nulidad del resto del contrato habrá de decidirse conforme a la voluntad de las partes. En tal situación, caben las siguientes hipótesis. aa) Puede ser que las partes hayan previsto expresamente la posibilidad de la nulidad de parte del negocio y hayan establecido expresamente si la misma determina o no la nulidad del contrato entero (cláusulas salvatorias) y, en su caso, el régimen jurídico sustitutivo. bb) Lo más normal, sin embargo, es que las partes no prevean expresamente las consecuencias de la nulidad de una parte del contrato, en cuyo caso, los ordenamientos

remiten normalmente a la voluntad presumible de las partes más o menos objetivada⁹: el juez, en ese caso, ha de efectuar una valoración de la parte del contrato declarada nula en relación con el contrato en su conjunto en el marco de la organización de intereses que las partes se hayan dado y decidir de acuerdo con la buena fe, cómo, razonablemente, lo hubieran hecho las partes en el caso de que hubieran previsto la ineficacia de una parte del contrato. Se trata pues, de una valoración objetiva sobre la base de los datos aportados por las partes¹⁰.

c) Si una vez realizada esta valoración el juez no puede saber si las partes hubieran celebrado el contrato sin la parte nula, puede optarse como regla residual, por una de estas dos soluciones: bien considerar nulo todo el contrato, en virtud del máximo respeto a la autonomía privada, en la orientación seguida por el Derecho alemán, o bien declararlo válido en virtud del principio de conservación del negocio -utile per inutile non vitiatur-. Esta es la solución del Derecho italiano¹¹.

⁹ Como dice Flume, no puede ser ni la voluntad declarada ni la voluntad real, sencillamente porque las partes no han querido ni la nulidad total ni la parcial, sino la validez de todo el contrato (FLUME Rechtsgeschäft³ § 32.8 p 587).

¹⁰ Vid E. ROPPO "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede" Riv.Dir.Civ (1971) I p 697; 702-703. Entre nosotros, insisten en esta idea DE CASTRO Negocio p 494 ; DIEZ-PICAZO ADC (1961) p 829.

¹¹ Vid. respecto a la ratio de los preceptos correspondientes en Derecho alemán, por todos, SALEILLES De la declaration art. 139 nº 10 p 306: el § 139 BGB lleva hasta el final la idea de no imponer a las

Por tanto, la diferencia entre la primera solución (§ 139 BGB: nulidad total salvo que pueda afirmarse que las partes hubieran celebrado el contrato sin la parte anulada) y la segunda (art. 1419 Codice: validez del contrato salvo que pueda afirmarse que el contrato no se habría celebrado sin la parte nula), se reduce al supuesto en el que el juez llegue a un non liquet, es decir, que de los datos aportados por las partes no pueda deducirse si las partes habrían celebrado o no el contrato sin la parte nula¹². Ello significa igualmente una diferente carga de la argumentación¹³.

Nuestro ordenamiento carece de una regla residual para decidir estos supuestos, ya que de los casos particulares en los que la ley establece supuestos de nulidad parcial (ad. ex. arts. 641, 737, 767, 786, 1260,

partes algo distinto de lo que han querido y considera que en la intención de las partes "tous les éléments d'un acte se tiennent et que l'acte n'a été voulu que tel qu'il se présentait dans la déclaration avec toutes les clauses que s'y trouvaient comprises. Si l'une fait défaut il est à presumer que l'acte qui subsiste... est un acte différent de celui qui a été voulu et par conséquent on ne peut pas donner une valeur juridique à un acte qui par sa nature devrait émaner de la volonté lorsqu'il est devenu manifeste qu'il n'en émane plus". Para el fundamento del 1419 Codice CRISCUOLI Nullità pp 113ss.

¹² Vid. FLUME Rechtsgeschäft³ §32.5 p 581: "la especialidad de la valoración del § 139 estriba en que no ha de conducir necesariamente a una decisión. En caso de <<non liquet>> la totalidad del contrato es nula por voluntad de la ley". Mientras que en el Derecho italiano, la causa de la nulidad total del negocio no es la nulidad de parte del mismo, sino la absoluta falta de voluntad del negocio parcialmente nulo por parte de los contratantes (CRISCUOLI Nullità p 63 y nota 15).

¹³ "No puede surgir una cuestión de carga de la prueba en cuanto que la valoración de si debe o no mantenerse el resto del contrato se deduce del propio contenido de éste" FLUME Rechtsgeschäft³ p 581; WOLF/HORN/LINDACHER §9. 55. De carga de la prueba habla, sin embargo, DIEZ-PICAZO Fundamentos I p 306; CRISCUOLI Nullità p 72, 120; SALEILLES De la déclaration art. 139 nº 13 p 308. Parece más correcto hablar de carga de la argumentación en cuanto no se trata de probar hechos sino valoraciones

1316 CC etc) no puede inferirse un criterio general¹⁴. Tampoco interesa ahora resolverlo, aunque a falta de norma especial, la respuesta más adaptada a los principios generales (art. 1255 CC) es la de la nulidad total¹⁵.

Por otro lado, del tenor o de la finalidad de la norma que provoca la nulidad puede derivarse una consecuencia jurídica diferente de la simple eliminación de la parte afectada por la nulidad. De algunas de ellas nos ocupamos más adelante.

2. Las consecuencias de este razonamiento son claras.

a) Si la ley establece expresamente la validez del resto del contrato y la regulación aplicable en lugar de la parte nula (normas imperativas-sustitutivas), la voluntad de las partes es irrelevante y ello, porque en tal caso, estamos, en realidad, ante un supuesto del art. 6.3 CC en el que la consecuencia de la violación de la norma imperativa es el mantenimiento del contrato

¹⁴ DE CASTRO Negocio p 493; LACRUZ Elementos p 295; DIEZ-PICAZO Fundamentos p 306; contra, sin embargo, DIEZ-PICAZO/GULLON Sistema p 120.

¹⁵ En todo caso, nos interesa destacar que los supuestos de nulidad parcial que la doctrina califica de "conformes con la ley" y los de nulidad parcial según la voluntad de las partes no son supuestos paralelos -como parece deducirse de las exposiciones al uso- sino subsidiarios, es decir, la suerte del resto del contrato, una vez delimitada la parte nula, se decide, en primer lugar, atendiendo al tenor o a la finalidad de la norma y sólo si de la misma no es posible obtener una solución cabe recurrir a la voluntad presumible de las partes. Cuando la doctrina se refiere a la nulidad parcial para lograr el mejor cumplimiento de la ley o para evitar el fraude a la misma, en realidad, se refiere al fundamento por el que debe declararse o no la nulidad total del negocio. De acuerdo con lo expuesto, lo que hay que preguntarse es por qué la ley ordena (o debe entenderse que exige) el mantenimiento del resto del contrato o su nulidad total.

corregido. También, en estos casos, es indiferente que la parte afectada por la nulidad sea o no esencial o separable o no del resto del contrato.

b) Si la nulidad parcial es ordenada expresamente o se deduce de la finalidad de la norma que provoca la nulidad, la voluntad de las partes es también irrelevante, pero no podrá mantenerse la validez del contrato si la nulidad afecta a los elementos esenciales, puesto que la ley no establece una regulación sustitutiva. Por último, si la nulidad parcial no se deduce de la ley, y hay que acudir a la voluntad de las partes, la no esencialidad y la separabilidad serán requisitos necesarios para admitirla¹⁶.

3. Con esta clasificación, podemos ya enmarcar el supuesto de nulidad parcial recogido en el art. 10.4 LCU y tratar de justificar la opción legal por el mantenimiento del contrato una vez eliminadas las cláusulas abusivas: El art. 10.4 LCU constituye un supuesto de nulidad parcial ordenada expresamente por la ley sin determinación expresa del régimen sustitutivo de la parte nula.

¹⁶ Sobre estos requisitos vid. DIEZ-PICAZO ADC (1961) p 829; PIERER VON ESCH Teilnichtige Rechtsgeschäfte 1968, pp 53ss. La referencia a estos requisitos no es sino una forma de objetivizar la voluntad "presumible" de las partes. Se trata de averiguar si el negocio amputado sigue respondiendo al "propósito práctico" o a la "finalidad perseguida por las partes".

II. Fundamento de la nulidad parcial prevista en el art. 10.4 LCU.

1. ¿Por qué ordena la ley el mantenimiento del resto del contrato cuando alguna o algunas condiciones generales son nulas, y no remite la cuestión a la voluntad presumible de las partes? La razón se encuentra hoy suficientemente aclarada: se trata de evitar las consecuencias negativas que la nulidad del contrato entero tendría para el adherente cuando es precisamente éste el sujeto para cuya protección se dicta la norma que provoca la nulidad¹⁷. En efecto, "se haría un flaco favor al adherente si cuando consiguiera que se declarase la nulidad de una cláusula que le perjudica injustamente, tuviera que contar que con ello estaba poniendo en peligro la validez de todo el contrato¹⁸".

Las soluciones -generales- alternativas se revelan, en efecto, incongruentes con la finalidad protectora del Derecho de las condiciones generales.

a) La nulidad total es manifiestamente inconveniente porque no garantiza la integridad material de la norma de protección; y no la garantiza porque impide al adherente obtener lo que la ley quiere darle, que no es la eliminación de las cláusulas abusivas en si misma considerada, sino la eliminación de dichas

¹⁷ Esta afirmación constituye communis opinio vid. por todos DE CASTRO ADC (1961) pp 337-338.

¹⁸ Exposición de Motivos de la ley alemana de condiciones generales de los contratos.

cláusulas para que el contrato se mantenga con una regulación equilibrada¹⁹. Esta solución, por lo demás, sería escasamente efectiva, toda vez que al perder el adherente el derecho a exigir la prestación como consecuencia de la nulidad (art. 1302 CC)²⁰, sólo sería previsible que se solicitase la declaración de nulidad de una cláusula cuando la prestación del contrato pudiese obtenerse sin coste de otro oferente. En definitiva, pues, la solución de la nulidad total no es razonable porque no discrimina. Al cancelar la eficacia del negocio, priva al adherente no sólo de los inconvenientes del mismo, sino también de sus ventajas²¹.

El caso del mantenimiento de la validez del

¹⁹ En sentido parecido M. CONSTANZA "Natura normativa delle condizioni generali di contratto" en M. BIANCA (dir.) Le condizioni generali di contratto I Milán 1979 p 169; H.R. WILLE Nichtige Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und § 139 BGB Diss. Kiel 1966 p 13: "cuando las cláusulas de condiciones generales son declaradas nulas... para proteger al cliente dicha declaración sólo tiene sentido si con ello se le garantizan los derechos (que la cláusula le quitó) mediante una aplicación del derecho dispositivo derogado. Muchos de tales derechos (p. ej. ejercicio de la quantum minoris) tienen su base en un contrato válido por lo que sería contradictorio dictar la nulidad de la cláusula y a continuación declarar nulo el resto del contrato"; sobre estas consecuencias, entre nosotros LACRUZ Elementos pp 387-388; GORDILLO ADC (1975) pp 182-183.

²⁰ Que evitar esta consecuencia es el fundamento de la nulidad parcial es tb. opinión generalizada en otros ordenamientos. Vid p. ej. ULMER/SCHMIDT § 6.1.

²¹ Vid. GORDILLO ADC (1975) p 185; DAMM JZ (1986) p 915; J. HAGER Gesetzes- und Sittenkonforme Auslegung von Rechtsgeschäften Munich 1983 p 176 quien formula la idea señalando que la nulidad parcial debe considerarse exigida por la norma que provoca la nulidad siempre que "an die Tatsache des Vertragsschlusses die -wenigstens partielle- Garantie des Erfüllungsinteresse geknüpft ist".

contrato como consecuencia del control del contenido de las condiciones generales no es, por otro lado, un supuesto excepcional. La nulidad parcial es en general, la respuesta exigida por la finalidad de las normas protectoras de las partes débiles de las relaciones contractuales. Un ejemplo señalado lo tenemos en el contrato de trabajo, donde de manera muy similar a la LCU "si resultare nula sólo una parte del contrato de trabajo éste permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad"²². El fundamento de la norma se encuentra igualmente en el carácter protector de las normas laborales que provocan la nulidad²³.

b) La solución de la nulidad parcial basada en la voluntad presumible de las partes vaciaría de contenido igualmente la finalidad tuitiva de la norma. El riesgo de perder el contrato con la nulidad de una cláusula incentivaría al adherente a no solicitarla.

Esto se advierte con particular claridad también en el campo laboral. La eficacia social del Derecho del trabajo se vería, en efecto, muy reducida si fuese de aplicación la regla subsidiaria y general de la nulidad parcial o total según la voluntad de las partes. Fundamentalmente, porque ante la presencia de cláusulas nulas el trabajador se guardaría de solicitar la declaración de nulidad si ello puede conducir a la nulidad del contrato y a la consiguiente pérdida del puesto de trabajo. A decir verdad, en el campo del Derecho de las condiciones generales, el efecto "perverso" de la aplicación de la regla general de la nulidad parcial -o total- según la voluntad de las partes quedaría muy atenuado puesto que el mantenimiento del contrato responde no sólo a la voluntad del adherente sino también a los intereses típicos del predisponente. Así lo demuestra la frecuencia de la inclusión de cláusulas que establecen la validez del

²² Art. 10.1 Ley de contrato de trabajo con valor reglamentario de acuerdo con la disposición final 4ª del Estatuto de los trabajadores.

²³ Vid. M.C. PALOMEQUE La nulidad parcial del contrato de trabajo Madrid 1975 p 66. En expresión de este autor, en el ordenamiento laboral hay "un fundamento histórico-positivo... de clara naturaleza tuitiva donde la estructura de la relación emanada de trabajo se potencia y conserva <<ope legis>> de cara a la protección y tratamiento más favorable de uno de los sujetos, el trabajador como parte débil de la relación jurídica".

contrato en el caso de que una parte sea nula²⁴. Dos circunstancias avalan esta afirmación: En primer lugar, el carácter accesorio o secundario que las condiciones generales tienen respecto a la economía del contrato, de modo que un análisis de la voluntad hipotética de las partes conduciría probablemente a la nulidad parcial. En segundo lugar, el hecho de que dado que las condiciones generales se utilizan en una pluralidad de contratos, la nulidad podría afectar a todos ellos lo que tampoco parece que fuera deseable para el predisponente²⁵.

2. La solución establecida por el art. 10.4 LCU (nulidad parcial fundada en la finalidad protectora de la norma) se acomoda perfectamente, por lo demás, a la naturaleza de las condiciones generales, tal y como aquí se ha reconstruido. En efecto, la regla de la nulidad

²⁴ Vid. sobre todo H. SCHMIDT Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von AGB Heidelberg 1986 pp 31-32; ULMER/SCHMIDT §6.8; DIETMANN/RIETLEIN AGB Aktuell § 6.1. H. KÖTZ MunchKomm ABGB § 6.1.

²⁵ Frente a ello se ha insistido en la diferencia radical entre la solución del 10.4 LCU y la del recurso a la voluntad presumible de las partes argumentando con los supuestos de no inclusión: en el caso de que el predisponente no facilitase un ejemplar de las condiciones generales al adherente, éstas no pasarían a formar parte del mismo y ello alteraría sin duda la relación contractual. La nulidad total, por otra parte, no afectaría al resto de los contratos celebrados conforme a condiciones generales si en su celebración se hubieran cumplido los requisitos de inclusión. (Así, D. MEDICUS "Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von allgemeinen Geschäftsbedingungen" en HEINRICHS /LÖWE/ ULMER Zehn Jahre p 84). MEDICUS no tiene en cuenta, sin embargo, que los supuestos a los que él se refiere (no inclusión -§ 2- y cláusulas sorprendentes -§ 3- AGB-G) no quedarían regulados por el § 139 BGB puesto que no se trata de cláusulas nulas sino de cláusulas que no han quedado incluidas en el contrato por lo que los preceptos aplicables serían los del disenso (§§154-155 BGB) (Vid. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 32-33). La objeción de Medicus es, sin embargo, útil para recordar que el fundamento de la nulidad parcial en el caso de las condiciones generales no es la voluntad presumible de las partes, y -lo que es más importante- que la regla del art. 10.4 LCU veda al juez la posibilidad de valorar desde la perspectiva de cualquiera de las partes (y fuera del supuesto del 10.4 II LCU) cuáles han de ser las consecuencias de la nulidad de alguna o algunas condiciones generales.

total o parcial según la voluntad de las partes se adapta a aquellos vínculos que funden su validez y su ejercicio en la autonomía privada. En el caso de las condiciones generales no es así. Estas valen en la medida en que sean remitibles a alguno de los criterios normativos de la integración del contrato: ley, usos, buena fe (art. 1258 CC). Por lo tanto, si no se integran, ello no quiere decir que el contrato sea nulo; simplemente que ha de integrarse aliunde²⁶.

3. Debe recordarse, por último, que el art. 10.4 LCU no hace sino legalizar la situación anterior, ya que el TS había venido manteniendo la validez del contrato cuando se declaraba la ineficacia de alguna condición general o no se consideraba incluida en el mismo, posición ampliamente compartida por la doctrina²⁷.

III. Ambito de aplicación del art. 10.4 LCU. El mantenimiento del contrato en el caso de no inclusión. Nulidad de condiciones generales por causas ajenas a la

²⁶ En el sentido de negar la aplicabilidad de la regla de la nulidad parcial de acuerdo con la voluntad presumible de las partes a las condiciones generales, WILLE Nichtige Bestimmungen P 99; O. SANDROCK "Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften" 159 AcP (1960-61) pp 531-532; SOERGEL/HEFERMEHL § 139 n.º 30; DAMM JZ (1986) p 916. No cabe recurrir a la voluntad hipotética de las partes simplemente porque respecto a las condiciones generales no ha habido por parte del adherente una representación mental concreta del contenido de las mismas que le haya inducido a celebrar el contrato.

²⁷ Vid entre muchas STS 17.4.1978 (Ar 1358) 20.6.1985 (Ar 3302) 5.9.1985 (Ar 3642). Vid también DE CASTRO ADC (1961) pp 337-338.

LCU.

1. El art. 10.4. LCU ordena el mantenimiento del resto del contrato en dos casos: primero, cuando las condiciones generales sean nulas por resultar contrarias a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones (art. 10.1 c); segundo, cuando las condiciones generales incumplan los requisitos de inclusión del art. 10.1 a) LCU. Tercero: Nada dice, en cambio, acerca de si debe aplicarse igualmente la regla a los supuestos en que una condición general resulte nula por contravenir otros preceptos imperativos recogidos fuera de la LCU. De estos tres supuestos, el primero no plantea mayores dudas.

a) En relación con el segundo, podría pensarse que el art. 10.4 LCU, al establecer la validez del resto del contrato cuando no se observen los requisitos de inclusión, no está recogiendo un supuesto de nulidad parcial, sino provocando una modificación de las reglas de formación de un contrato válido.

Como es sabido, la aceptación contractual, para perfeccionar el contrato ha de coincidir en todos sus términos con la oferta. En otro caso, no estaríamos ante una aceptación sino ante una contraoferta y por tanto, ante un supuesto de disenso que impediría la celebración válida del contrato^{2ª}. La cuestión que se plantea es,

^{2ª} Vid. por todos DIEZ-PICAZO Fundamentos I p 210. En el § 155 BGB alemán se salva la validez del contrato cuando pueda presumirse que el mismo se hubiera celebrado igual sin acuerdo sobre dicho punto. Debe tenerse en cuenta que nuestro CC (arts 1262 ss) parece

pues, la siguiente: cuando las condiciones generales no están redactadas de manera clara y precisa, o el predisponente no ha entregado un ejemplar de las mismas al adherente o no le ha hecho una referencia a ellas en el documento contractual y, por tanto, las condiciones generales no quedan incluidas en el contrato, ¿se considera celebrado válidamente el contrato sin incluir las condiciones generales o se considera que no ha existido acuerdo sobre alguno de los puntos del contrato y por tanto que no ha habido contrato?

La respuesta parece clara. El art. 10.4 LCU conduce a afirmar que el contrato se ha celebrado válidamente, de lo cual habría que deducir que el precepto no solo modifica, la regla general de la nulidad parcial o total según la voluntad de las partes, sino también las reglas sobre la formación válida del contrato. Esta conclusión tan chocante resulta, sin embargo, más aparente que real, según tratamos de demostrar a continuación.

H. Schmidt ha estudiado con detalle esta modificación desde patrones contractualistas²⁹ y en su opinión, en los supuestos en los que el predisponente manifiesta su voluntad de incluir las condiciones generales en el contrato, pero no cumple con los

haber regulado exclusivamente una "técnica de celebración del contrato": la que se produce mediante oferta y aceptación. En la doctrina alemana se ha sugerido recientemente que dado que dicha técnica no es la única posible ello exigiría una reinterpretación de los preceptos sobre celebración del contrato. En efecto, junto al esquema oferta-aceptación cabe al menos el de aprobación bilateral de un texto en el que se recoge el contenido del contrato. Hablar en estos casos de oferta y aceptación resulta un tanto artificial. Vid al respecto D. LEENEN "Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages" 188 ACP (1988) pp 381-418.

²⁹ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 33 y 49-50 con indicaciones exhaustivas sobre la doctrina alemana.

requisitos de inclusión estaríamos ante un caso de disenso, porque las declaraciones de ambas partes no coinciden. La del predisponente iría dirigida a incluir las condiciones generales y la del adherente a celebrar el contrato sin las mismas.

En concreto, si el predisponente no hace referencia a las condiciones generales a la hora de contratar, no habría disenso en su opinión porque ante la falta de ésta, su oferta habría de interpretarse objetivamente como dirigida a la celebración del contrato sin las condiciones generales. En esta medida ambas declaraciones coinciden y el art. 10.4 LCU, al ordenar la validez del contrato, no altera las reglas generales³⁰. En cuanto a las cláusulas sorprendentes³¹, sí que habría disenso conforme a las reglas generales, porque la declaración del predisponente va dirigida a todas las condiciones generales mientras que la del adherente se limita a las que no sean sorprendentes. Por último si el predisponente incumple las cargas de facilitar el conocimiento de la existencia y contenido de las condiciones generales (art. 10.1 a) LCU y § 2 I 2º AGBG)³², estaríamos también ante un caso de disenso porque la declaración del predisponente va dirigida a incorporar las condiciones generales y la declaración del adherente no las cubre³³, con lo que -concluye este autor- la función del art. 10.4 LCU (§ 6 AGBG) no se agota en la conservación del contrato, sino que sirve también a la "celebración" (Zustandekommen) válida del mismo cuando, como consecuencia del control de la inclusión, el acuerdo de voluntades como presupuesto fundamental del contrato, falla³⁴.

Tal interpretación no nos parece, sin embargo, correcta. Si como el propio Schmidt admite³⁵ los requisitos de inclusión son exigencias añadidas o cualificadoras de la declaración de voluntad del adherente de admitir la validez de las condiciones generales, el problema de su incumplimiento por el predisponente no se traduce en una cuestión de existencia de acuerdo contractual o de disenso. Schmidt, incorrectamente -a nuestro juicio-, entiende que sólo hay "adhesión" a las condiciones generales cuando se han cumplido por el predisponente los requisitos de

³⁰ H. SCHMIDT ibidem p 33.

³¹ Vid para el Derecho español supra § 15.II.

³² En Alemania la carga consiste en facilitar el conocimiento razonable de las condiciones generales, lo que en el art. 10.1 a) LCU son las de claridad y comprensibilidad y la de entregar un ejemplar.

³³ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 50.

³⁴ H. SCHMIDT ibidem.

³⁵ H. SCHMIDT ibidem p 33.

inclusión, y tal no es el caso. Si los requisitos de inclusión se añaden a la declaración del adherente de someterse a las condiciones generales, resulta lógico deducir que la incorporación de las condiciones generales al contrato no depende sólo de la voluntad de ambas partes sino también de la ley. Predisponente y adherente pueden estar de acuerdo y emitir declaraciones coincidentes (sin que por lo tanto hubiera disenso) en que unas determinadas condiciones generales valgan. Sin embargo, si el predisponente no ha cumplido con los requisitos de inclusión, tales condiciones generales no pasan a formar parte del contrato.

En realidad, los requisitos de inclusión no son reglas interpretativas de la "voluntad" del adherente, sino normas imperativas que se aplican con independencia de la voluntad de las partes³⁶, por lo tanto, no puede afirmarse que el art. 10.4 LCU modifique las reglas de celebración válida del contrato, en el sentido de que la celebración del contrato sin él no sería válida³⁷. El precepto, en rigor, recoge un

³⁶ El caso más claro es el de las cláusulas sorprendentes. Respecto a las mismas, incluso interpretando las declaraciones de las partes de acuerdo con las reglas generales, habría que considerar que las condiciones generales sorprendentes no habrían quedado incluidas en el contrato, porque la otra parte no tenía por qué contar con ellas, y es obvio que el que pretendió incorporarlas no podría impugnar la validez del contrato por disenso (en el sentido de que él quería celebrar el contrato incluyendo las cláusulas sorprendentes y la otra parte no).

³⁷ El último supuesto del que se ocupa Schmidt es el de la negativa del adherente a aceptar las condiciones generales. Según este autor, aquí no se aplicaría el 10.4 (§ 6 AGBG) porque la conformidad del cliente con la validez de las condiciones generales (exigida expresamente por el § 2 AGBG y no así por el art. 10.1 a) LCU) no es un requisito más de inclusión sino que forma parte de la declaración contractual del adherente (p. 51). En este caso, habría que aplicar las reglas del disenso.

El caso parece bastante irreal, aunque la solución sea correcta. Si la negativa a aceptar las condiciones generales ha de ser expresa (por todos ULMER § 2. 61) porque en otro caso la celebración del contrato por el adherente habiendo cumplido el predisponente los requisitos de inclusión, se entenderá como adhesión

supuesto idéntico al de nulidad por contrariedad con la buena fe (art 10.1 'c) LCU). En ambos casos estamos, en efecto, ante una hipótesis de aplicación del art. 6.3 CC en la que, de acuerdo con la previsión final del precepto, se altera la sanción general y en lugar de ésta se establece la no incorporación al contrato de las condiciones generales de que se trate y el mantenimiento de la validez del resto del mismo.

En lo que hace al error del predisponente respecto a la incorporación de las condiciones generales al contrato^{3*}, el caso más imaginable es el error del predisponente que cree que las condiciones generales han quedado incluidas pero tal hecho no se ha producido por haber omitido éste por error el cumplimiento de alguno de los requisitos del art. 10.1 a) LCU^{3*}. Tal error debe considerarse como un error de Derecho y, por lo tanto, irrelevante. Consideraciones similares cabe hacer respecto del error del adherente sobre la incorporación.

b) El segundo problema que teníamos que resolver era el relativo a si la consecuencia de la nulidad parcial prevista en el art. 10.4 LCU se aplica en

también a las condiciones generales, resulta bastante improbable que el predisponente, a pesar de la negativa se avenga a celebrar el contrato. Si lo hace, su declaración habrá de interpretarse en el sentido de que acepta celebrarlo sin las condiciones generales (vid. SCHMIDT Vertragsfolgen p 52). En el improbable supuesto de que no se haya dado cuenta de la negativa del adherente, su comportamiento objetivo, sin embargo, induce a la misma solución que en el caso anterior, por lo que las posibilidades de impugnación por disenso parecen bastante remotas.

^{3*} Los errores respecto al contenido de las condiciones generales no tienen relevancia. Los del adherente porque la declaración de adhesión no va referida al contenido de las mismas sino sólo respecto a su validez, ya que según hemos visto, el contenido no vale por efecto de la libertad contractual del adherente. Los del predisponente son inexcusables.

^{3*} Vid para la doctrina alemana que admite estos supuestos H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 49.

aquellos supuestos en que una condición general sea nula, pero no por contravenir lo dispuesto en el art. 10 LCU sino por cualquier otra causa⁴⁰.

La doctrina responde mayoritariamente en sentido afirmativo permitiendo la aplicación analógica del precepto que ordena la nulidad parcial⁴¹, respuesta que parece plenamente compatible.

A ello podría objetarse que la identidad de razón que permite la aplicación analógica del art. 10.4 LCU se da, efectivamente, en el supuesto de que la norma que provoca la nulidad sea una norma protectora de los intereses de una de las partes de la relación contractual, como ocurre con las normas del control de la inclusión o del contenido, pero que no existe tal identidad de razón cuando son normas que tutelan intereses generales las que provocan la nulidad de las cláusulas de condiciones generales, en cuyo caso habría que justificar de otro modo la aplicación de la nulidad parcial. A nuestro juicio, sin embargo, existen suficientes elementos comunes entre unos y otros supuestos como para justificar la utilización de la analogía en ambos casos. En efecto, la previsión del art. 10.4 LCU persigue como objetivo garantizar al adherente que no se verá perjudicado (con la nulidad total del contrato) por la falta de validez de las condiciones generales, en cuanto que no ha tenido nada que ver en su redacción e incorporación al contrato. Tal ocurre con independencia de cuál sea la causa que provoca la falta de validez de las condiciones generales, por lo que no debe haber, a nuestro juicio, inconvenientes insalvables para la utilización de la analogía.

IV. Ambito de la nulidad parcial. Planteamiento del problema.

⁴⁰ Una cláusula de condiciones generales puede ser nula por las mismas causas que cualquier otra cláusula contractual. Por exceder los límites del art. 1255 CC, por incumplir requisitos de forma, por chocar con disposiciones imperativas especiales...

⁴¹ LÖWE § 6.3; SCHLOSSER § 6.2 y 6.6; SCHMIDT Vertragsfolgen pp 35-38; HAGER Gesetzeskonforme p 89; ULMER/SCHMIDT § 6.3 y 13; LINDACHER § 6.4; ERMAN/HEFERMEHL § 6.3; KÖTZ MünchKomm § 6.3; PALANDT/HEINRICHS § 6.2.

1. En los apartados anteriores nos hemos ocupado de los problemas que plantea la nulidad parcial del contrato celebrado por medio de condiciones generales, por no quedar éstas incluidas en el mismo o ser contrarias a la buena fe. A continuación nos ocupamos de un conjunto de cuestiones que tienen en común el referirse a la delimitación de la parte del contrato celebrado conforme a condiciones generales que ha de declararse nulo (ámbito de la nulidad parcial). En definitiva, se trata de analizar los siguientes problemas:

a) Primero, cómo han de delimitarse los contornos de la parte nula del contrato. Para ello nos serviremos del concepto de cláusula (infra V).

b) Segundo, qué ocurre cuando una condición general es ineficaz pero la razón de su ineficacia se encuentra sólo en una parte de la misma. En otras palabras, si es posible hablar no sólo de nulidad parcial del contrato sino también de nulidad parcial de una cláusula de forma que la nulidad quede limitada a la parte de la condición general objetable jurídicamente (infra V).

c) Tercero, si el predisponente puede influir en el ámbito de la nulidad mediante el empleo de cláusulas "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" (infra VI).

d) Cuarto, si en lugar de declarar la nulidad pura y simple de las cláusulas que no superen el control, pueden reducirse éstas conservando en lo posible su

validez (infra VII).

e) Quinto, si el juez puede limitar la declaración de nulidad a los supuestos en los que no sólo la cláusula sino también el ejercicio del derecho reconocido por la misma al predisponente resulte abusivo (infra VIII).

Las cuestiones planteadas se comprenderán más fácilmente a partir de algunos ejemplos:

a) Una cláusula de condiciones generales excluye la responsabilidad del predisponente con la siguiente fórmula: "No se responde por derramas o roturas". La cláusula es nula en cuanto que al excluir de manera general la responsabilidad, se está excluyendo la responsabilidad por dolo o culpa grave lo que está prohibido por el art. 1102 CC, pero ¿puede considerarse que en realidad hay dos cláusulas, una excluyendo la responsabilidad por dolo y otra la responsabilidad por culpa grave? ¿puede considerarse válida para excluir la responsabilidad por culpa leve o debe considerarse ineficaz en su totalidad de modo que entraría a aplicarse el artículo 1103 CC como derecho dispositivo y consiguientemente el predisponente respondería también por culpa leve? ¿Podría evitar el predisponente la declaración de nulidad total añadiendo una coletilla en la que dejase a salvo las normas imperativas legales? ¿Cabría reducir la cláusula considerándola válida exclusivamente a los efectos de excluir la responsabilidad por culpa leve? ¿Sería necesario que el predisponente hubiera actuado con culpa grave o dolo para que pudiese ser declarada la nulidad de la cláusula?

b) En condiciones generales se establece una serie de hechos que autorizan al predisponente a resolver anticipadamente el contrato. La ineficacia de alguno de ellos por carecer de justificación ¿provoca la ineficacia de todas ellas o los demás supuestos de resolución siguen siendo válidos? Es decir, ¿hay una o varias cláusulas?...

c) Una cláusula de condiciones generales contenida en un préstamo hipotecario que exige al prestatario asegurar el inmueble hipotecado en una compañía aceptada por el Banco y que por limitar injustificadamente la libertad contractual del adherente es nula ¿sigue siendo válida respecto a la obligación del adherente de asegurar el inmueble?

d) Una cláusula que exige al adherente que realice pagos, cobros o trámites similares personalmente o que impone formalidades en las comunicaciones al predisponente más estrictas que la forma escrita ¿es nula y por tanto el adherente puede hacer dichos trámites como desee o realizar las comunicaciones oralmente o por teléfono o es válida en el sentido de

que las comunicaciones han de hacerse por escrito?⁴².

3. El art. 10.4 LCU no ofrece una solución a estos problemas, limitándose a presuponer que es posible delimitar el ámbito objetivo de la nulidad fácilmente. Conviene detenerse detalladamente en cada uno de ellos para determinar si estamos ante diversas formas de plantear un mismo problema o con los distintos expedientes se pretende resolver problemas diferentes.

V. El concepto de cláusula.

1. El art. 10.4 LCU no da una noción legal de cláusula y tampoco suministra criterio alguno para establecerla.

Como cuestión preliminar, debe aclararse que los términos "cláusulas, condiciones o estipulaciones" que figuran en dicho precepto son, en lo que aquí interesa, perfectamente sinónimos y se refiere, todos ellos a cada una de las disposiciones que integran un contrato⁴³.

⁴² Vid otros ejemplos en H. KÖTZ "Zur Teilunwirksamkeit von AGB Klauseln" NJW (1979) pp 785-786. Entre ellos resulta de interés para el Derecho español el siguiente: El predisponente establece una indemnización a tanto alzado para el caso de resolución o denuncia del contrato por parte del cliente. Dicha cantidad se considera una indemnización por daños y su cuantía es razonable en relación con los daños que normalmente provoca la resolución anticipada, pero no permite al cliente la prueba en contrario, es decir, probar que en el caso concreto no se ha producido daño alguno ¿es nula la cláusula entera o simplemente se le ha de permitir al cliente la prueba en contrario?

⁴³ En el mismo sentido GARCIA AMIGO Condiciones p 132 nota 1 y STS 27.12.35 allí citada y PALOMEQUE Nulidad parcial pp 162 y 167. Vid no obstante las matizaciones de DIEZ-PICAZO Fundamentos pp 242-243 y la distinción que en su opinión habría que hacer entre pacto y estipulación por un lado y cláusula por otro reservando la utilización de esta última para

a) La expresión "cláusula" puede ser entendida, en principio, en dos sentidos. En sentido formal, cláusula es cada una de las partes, numeradas o no, en que está dividido el contenido de un documento contractual. En sentido material, es cada una de las disposiciones (cada una de las "reglas de conducta"⁴⁴, cada uno de los "preceptos negociales autónomos"⁴⁵, cada uno de los contenidos de regulación de un contrato. Esta distinción recoge la que en teoría de la norma suele hacerse entre artículo (norma formal) y norma (norma material). Pues bien, parece bastante claro que el concepto de cláusula que debe manejarse para determinar el ámbito de la nulidad es el de cláusula en sentido material. Ello se deduce del hecho de que la lista de cláusulas del art. 10 LCU ha recogido contenidos de regulación que se consideran prohibidos (exclusiones absolutas de responsabilidad, condiciones abusivas de crédito etc).

b) Esta distinción es muy útil, pero con ella no resolvemos totalmente el problema del ámbito de la

disposiciones contractuales escritas (contra PALOMEQUE Nulidad parcial p 162 para quien la cuestión de la escritura es irrelevante). En realidad, el tema no es dogmático sino de técnica en el ámbito del "legal drafting" y en este sentido deben entenderse las matizaciones de Díez-Picazo, como lo prueba la crítica al término "condición" como sinónimo de cláusula por la equivocidad que acarrea.

⁴⁴ DIEZ-PICAZO Fundamentos p 241.

⁴⁵ PALOMEQUE Nulidad parcial pp 160-161.

nulidad parcial⁴⁶, puesto que el concepto material de

⁴⁶ Para ello basta con reexaminar los ejemplos expuestos. Por ello resulta insuficiente el tratamiento del tema que hace Palomeque quien, a pesar de dedicarle trece páginas en su monografía sobre la nulidad parcial del contrato de trabajo, no pasa de repetir en muchas formas diferentes esta distinción. Así (PALOMEQUE Nulidad parcial p 160) distingue ambos sentidos: formal "cada una de las proposiciones u oraciones sintácticas en que se formaliza el precepto contractual de trabajo" (descripción por lo demás no exacta, puesto que una cláusula en sentido formal puede estar formada por varias "oraciones sintácticas") y material como "cada uno de los singulares mandatos de la voluntad de las partes a que corresponde un unitario efecto jurídico. Se habla así de cláusula-precepto designando cada una de las proposiciones preceptivas (no meramente sintácticas) de que consta o puede constar el contrato" (pp 160-161); "precepto contractual inescindible. No se designa ya todo precepto emanado de la voluntad contractual, sino tan sólo aquél precepto más simple, unitario o autónomo (?). Viene a ser en consecuencia, el componente elemental del negocio jurídico en el sentido de presentar líneas de inconfundible indivisibilidad lógica (!) o, en otras palabras, un singular imperativo contractual dotado de individualidad respecto al contenido complejo del negocio" (p 161). A ésta noción de cláusula es a la que se apunta Palomeque desechando otras dos concepciones materiales de cláusula. Tales son, la primera la que ve la cláusula (también en sentido material) como "cualquier precepto contractual no necesariamente inescindible, cuyo significado se identifica con la noción genérica de cláusula en su proyección material o sustancial. Así entendida, la noción ha de permitir por fuerza (!) su división en fragmentos o partes de la misma" (p 161: efectivamente, "por fuerza" de haber dicho inmediatamente antes que dichas cláusulas no son "necesariamente inescindible(s)"). La segunda de las dos que se rechazan por Palomeque es "la noción de cláusula como precepto heteronormativo (sic) del contrato, es decir, como norma imperativa introducida legalmente en el contenido negocial". Más adelante (p 163) vuelve a insistir en que cláusula es "cada uno de los preceptos en que se escinde (el)... contenido (del contrato)" y (p 164) es el "específico precepto normativo". Por fin (p 167) refiriéndose a las expresiones "pacto, condición, disposición y estipulación" concluye que "todas y cada una de dichas expresiones designan un singular aspecto objetivo del contenido preceptivo del contrato de trabajo, un específico mandato a la voluntad concurrente de las partes de la relación jurídico-laboral".

La doctrina italiana (recogida por Palomeque p 159 nota 23) no parece que aporte una ayuda significativa. Paradigmático de lo abstruso de la discusión es el trabajo de CASELLA Nullità parziale del contratto e

cláusula necesita de una concreción. Para realizar esta labor, nos serviremos aquí de dos ideas básicas que pueden formularse así: La primera es que -en principio- estamos ante una cláusula cuando se anude una consecuencia jurídica a un supuesto de hecho. Habrá por tanto varias cláusulas cuando para varios supuestos de hecho se prevea una misma consecuencia jurídica y, viceversa, cuando para un mismo supuesto de hecho se prevean varias consecuencias jurídicas alternativas. La segunda idea es que, para determinar cuando hay una o varias cláusulas, no es del todo irrelevante la formulación empleada por el predisponente; de modo que éste puede influir, según la fórmula empleada, en el ámbito de la nulidad. La razón es clara: determinados supuestos de hecho pueden configurarse de forma diferenciada dando lugar a la existencia de cláusulas diferentes o, de manera genérica, como un supuesto unitario y, por tanto, como una sólo cláusula.

c) Como veremos, estas ideas conducen a afirmar que estamos ante una cláusula cuando "el contenido de regulación material de una parte de unas condiciones generales es accesible a un control específico del contenido"⁴⁷. Es decir, cláusula es aquella parte de unas condiciones generales respecto de la cual podemos

inserzione automatica di clausole Milán 1974 esp, pp 18-19 o el de TAMPONI "Contributo a l'esegesi dell'art 1419 CC" Riv.Tr.Dir.Pr.Civ. (1978) I pp 136-145.

⁴⁷ Esta es la fórmula propuesta por H.SCHMIDT (Vertragsfolgen p 75) a partir de la utilizada por la jurisprudencia alemana (Vid. S BGH NJW (1982) p 178; NJW (1982) p 2311; NJW (1983) p 1320) y a la que se adhieren ULMER/SCHMIDT § 6.19 y MEDICUS 10 Jahre p 91.

preguntarnos si es abusiva o no.

d) Con ello se rechazan aquí otros criterios, singularmente el llamado "blue pencil test". Este método era utilizado en el pasado por la jurisprudencia anglosajona para determinar cuándo podía acudir a la nulidad parcial:

"El contrato se considera divisible, y por ello, susceptible de ser <<enforced in part>> sólo si se halla formulado de tal manera que la parte nula pueda ser eliminada tachando con un bolígrafo azul algunas palabras del acuerdo mientras las restantes palabras queden de tal forma que constituyan en todo caso un contrato completo y válido"⁴⁰.

Dicho sistema resulta criticable por relegar los criterios sustanciales y confiar a criterios formales (la comprensibilidad del resto no tachado) la determinación del ámbito de la nulidad⁴¹. La arbitrariedad de este procedimiento se observará comparándolo con el criterio utilizado por la jurisprudencia alemana, que ha declarado que es posible limitar la ineficacia a una parte de una cláusula en sentido formal cuando "las distintas partes de la misma sean separables entre sí en cuanto a su contenido y sean comprensibles separadamente"⁴². La diferencia con el <blue pencil test> estriba en que aquí se atiende no sólo a si la parte que queda válida es comprensible sino también a si el contenido de la parte tachada es por sí solo comprensible⁴³.

Un ejemplo del blue pencil test puede verse en la S. BGH 28.5.1984 (NJW (1984) p 2816-17) donde la cláusula decía "por la presente, la Caja de Ahorros recibe un mandato irrevocable para llevar a cabo a cargo del cliente las transferencias de fondos" donde el BGH tachó únicamente la palabra irrevocable. La doctrina criticó esta decisión porque la cláusula no podía dividirse en dos, una que otorga el mandato y otra que

⁴⁰ E. ROPPO "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede" Riv Dir Civ (1971) I p 690 con más indicaciones.

⁴¹ Vid en el mismo sentido H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 80-81; A favor del "blue pencil test" hoy J. NEUMANN Geltungserhaltende Reduktion und Ergänzende Auslegung von AGB Baden-Baden 1988 pp 88-89.

⁴² Apud H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 69-70 y notas 99 a 101 con indicaciones exhaustivas.

⁴³ Vid R. ZIMMERMAN Richterliches Moderationsrecht oder totalnichtigkeit? Berlín 1979 pp 79-80 que correctamente afirma que el blue pencil test es un requisito necesario pero no suficiente.

lo califica de irrevocable. "El predisponente ha dispuesto una única regulación que el tribunal debe someter al control en su conjunto", por lo que el BGH lo que hizo en realidad es reducir la cláusula, no anularla⁵².

Otro es el de la S. BGH (ZIP (1984) pp 1485 ss esp. p. 1494) donde en la cláusula "en caso de devolución de alfombras, colchones, tapicerías y ropa de cama, se abonará su valor de mercado, como máximo un 10 %". El BGH tachó sólo "como máximo un 10%". En la argumentación, el Tribunal Supremo alemán utilizó el blue pencil test en cuanto afirmó que la parte tachada podía ser eliminada sin que el resto dejara de tener un significado autónomo y completo, con lo que cometió el error de atender no a la parte que se declaraba nula (que también debía ser completa) sino exclusivamente a la parte que quedaba válida.

e) Del examen del "blue pencil test" puede extraerse como conclusión, que para determinar cuando estamos ante una cláusula, lo decisivo no es sólo si lo que queda tiene sentido independientemente de lo tachado, sino también, si lo tachado tiene sentido independiente de lo que queda. Sólo entonces, lo tachado constituye una cláusula⁵³.

f) Sentado lo anterior, resulta obvio que carece de sentido hablar de "nulidad parcial de una cláusula", puesto que con ello, o bien se hace referencia a una cláusula en sentido formal, que contiene varias en sentido material, o bien se incurre en una incoherencia al definir el concepto de cláusula en un sentido sin

⁵² H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 77-78; H.E. BRANDNER "Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz" en HEINRICHS/LÖWE/ULMER 10 Jahre AGB-G p 44; NEUMANN Reduktion pp 92-93 con otras decisiones del BGH; Vid también, NIEDENFUHR Informationsgebote p 80 quien explica la decisión afirmando que si se hubiera declarado totalmente ineficaz la autorización para transferir fondos se hubieran derivado consecuencias negativas para el cliente.

⁵³ En el mismo sentido, NEUMANN Reduktion p 94.

extraer todas las consecuencias lógicas y prácticas del mismo en lo que hace al ámbito de la nulidad⁵⁴. Por lo tanto, mas que hablar de nulidad parcial de una cláusula en sentido formal, procede hablar de nulidad de una cláusula en sentido material⁵⁵.

Cuando el concepto de nulidad parcial de cláusula ha sido utilizado como nulidad parcial de cláusula en sentido material, la cuestión que se discute es otra, de la que nos ocuparemos más adelante. El concepto de nulidad parcial de cláusula adquiere, entonces, un sentido por oposición al de reducción conservadora de la validez, procedimiento consistente en no declarar la nulidad de una cláusula de condiciones generales abusiva, declarándola eficaz en los límites permitidos por la ley (vgr. "se excluye cualquier responsabilidad": nula por excluir la responsabilidad por dolo o culpa grave, se considera válida "reduciéndola", esto es, como exclusión de la responsabilidad por culpa leve. De este procedimiento nos ocupamos posteriormente). Así, los partidarios de la distinción, afirman que las cláusulas excesivas (p. ej. cláusulas que establecen plazos) cuantitativa o temporalmente serían reducibles, mientras que las cláusulas indiferenciadas (por ej. cláusulas genéricas de exención de responsabilidad) podrían ser declaradas nulas parcialmente⁵⁶. La distinción tiene, como se ve, en estos autores, una finalidad práctica

⁵⁴ Esto es lo que sucede con algunos autores (por ej. E. SCHMIDT "Teil- oder Totalnichtigkeit angreifbarer AGB-Klauseln" JA (1980) pp 401ss, p 402. y en cierto modo también, ULMER "Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB-Klauseln?" NJW (1981) pp 2025ss p 2032), que después de partir de un concepto material de cláusula consideran como una sola cláusula pero divisible, cláusulas que desde el punto de vista material no son una sino varias. Por ejemplo, una regulación de las causas de resolución del contrato, alguna de las cuales son abusivas mientras otras son correctas. Con ello, en realidad, estamos exclusivamente ante un problema de lenguaje: las cláusulas divididas serían en realidad, de acuerdo con la nomenclatura aquí adoptada, varias cláusulas. Correctamente NEUMANN Reduktion p 89.

⁵⁵ Correctamente H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 71-73; E. SCHMIDT JA (1980) p 402; LINDACHER § 6.15; WITTE Inhaltskontrolle pp 104-105.

⁵⁶ La distinción la utiliza WITTE Inhaltskontrolle pp 106-107, 110, 136-137. Vid en notas siguientes la postura similar de otros autores. Sobre ambos conceptos vid infra este mismo epígrafe.

muy clara porque en su opinión, mientras la nulidad parcial sería aceptable la reducción sería inadmisible con lo que consiguen salvar de la declaración de nulidad las cláusulas indiferenciadas⁵⁷.

⁵⁷ Estos autores son, en primer lugar, EBEL ("AGB-Gesetz conforme Auslegung bei Unwirksamkeit einzelner Klauseln im AGB" DB (1979) p 1973), que bastante abstrusamente alude a la distinción con las expresiones "alternatividad cumulativa" y "alternatividad exclusiva". Nos encontraríamos en la primera cuando el predisponente ha querido para sí cada una de las regulaciones que la cláusula contiene, mientras que estaríamos ante una alternatividad exclusiva cuando el predisponente se ha decidido sólo por una entre varias regulaciones consideradas en la cláusula. La distinción interesa aquí en cuanto entre los supuestos a los que Ebel llama de alternatividad cumulativa se encuentran los de cláusulas indiferenciadas, puesto que en estas cláusulas los distintos contenidos de regulación no se deducen de un "análisis detallados de la cláusula" sino de la ley, que establece un régimen jurídico diferenciado. supuestos de alternatividad exclusiva son los que aquí hemos denominado de reducibilidad de cláusulas excesivas (Vid. ej. EBEL p 1974). La crítica a la posición de Ebel se basa, por un lado, en que en alguno de los supuestos de alternatividad cumulativa estamos ante varias cláusulas en sentido material, por lo que es innecesario recurrir a la nulidad parcial de cláusula. Respecto a la admisibilidad de la nulidad parcial en los casos de de alternatividad cumulativa y los de alternatividad vid MOCKENHAUPT Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln Frankfurt 1987 pp 133-134).

GÖTZ ("Rechtsfolgen des Teilweisen Verstossen einer Klausel gegen das AGB-Gesetz" NJW 1978 pp 2223-2227) también acepta la distinción y rechaza la posibilidad de reducción de las cláusulas excesivas porque el § 9 I AGBG (vid art. 8 AP) establece que las condiciones generales son ineficaces cuando perjudiquen desproporcionadamente al adherente, y no "en la medida en que" perjudiquen al adherente (p 2224) y además porque la finalidad de la norma prohibitiva impide su "salvación": así, en estos casos ha de declararse la nulidad de toda la cláusula (excesiva) y no sólo del exceso "porque ninguna de las dos partes (de la cláusula) puede pensarse sin que la tacha de nulidad desaparezca o al menos se debilite". La conexión causal entre las dos partes de la cláusula (el exceso y la parte no excesiva) es lo que impide descomponer la cláusula en una parte nula y otra eficaz (*ibidem* p 2226). Admite sin embargo, la nulidad parcial de las cláusulas indiferenciadas, según Götz, porque -por ej. en el caso de exclusión de responsabilidad "no es la acumulación de responsabilidad por culpa grave y leve lo que ha tratado de evitar el legislador, sino únicamente que se excluya la responsabilidad por culpa grave por su

Esta diferenciación -en cuanto a la admisibilidad de una u otra-, sin embargo, no llega a convencer porque no se ve una ratio diferente de las normas que provocan la nulidad en uno y otro caso, de manera que no hay razón para un tratamiento diferenciado, máxime si se tiene en cuenta que está perfectamente admitida la posibilidad de hablar de nulidad parcial cuantitativa, para referirse a los casos en los que la nulidad opera mediante reducción, y que ésta no es sino una técnica de aplicación de la nulidad parcial⁵⁵.

carácter gravoso" (*ibidem*) y esta solución es independiente de que en la cláusula se distinga entre culpa grave y culpa leve". Que el legislador haya pretendido que no se excluya únicamente la responsabilidad por culpa grave es erróneo, porque en tal caso, no cabría examinar las exclusiones de responsabilidad a la luz, no sólo de la lista de cláusulas prohibidas sino también de la cláusula general de buena fe.

La crítica a Götz, además de la genérica a este tipo de posturas que se verá en el texto se basa nuevamente en que emplea un concepto formal de cláusula y considera -por ejemplo- una cláusula unitaria aquella que establezca separadamente los distintos supuestos de hecho en los que el predisponente puede resolver (vid. pag. 2226) caso en el que, como hemos visto, habría que hablar de pluralidad de cláusulas y en el que por tanto, no se plantean problemas de "nulidad parcial de cláusula". Además su planteamiento no resulta coherente en cuanto que, atendiendo a la finalidad de la norma, como él hace, también en el caso de las cláusulas excesivas podría afirmarse que la ley no declara ineficaz la cláusula porque -por ejemplo- fije un plazo de duración del contrato o porque lo considere prorrogado tácitamente sino porque el plazo de duración o de prórroga es demasiado largo, con lo que la ratio de la norma prohibitiva se vería satisfecha exactamente igual reduciendo el plazo que en el caso de la nulidad parcial de la cláusula de exención de responsabilidad.

⁵⁵ Vid. por ej. DE CASTRO Negocio p 493 donde recoge estos supuestos como de nulidad parcial por mandato de la ley; H. PIERER VON ESCH Teilnichtige Rechtsgeschäfte Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1968 p 53; CRISCUOLI Nullità pp 86-91. Y es que, como afirma SCHMIDT (Vertragsfolgen p 122 nota 78) lo decisivo es que en ambos casos la cláusula puede partirse de forma tal que tras la reducción quede una regulación con sentido, porque la divisibilidad como presupuestos de la nulidad parcial exige sólo que la parte eficaz hubiera podido pactarse por sí sola, no que la parte ineficaz pudiera tener existencia por sí misma (que es en lo que realmente se distinguen los supuestos de nulidad parcial y reducción en la concepción de estos autores). Ello no supone contradecirnos cuando hemos rechazado el blue pencil test porque allí ambos requisitos eran necesarios

Otro sector doctrinal⁵⁹ ha ensayado la distinción según el criterio de la incardinación dogmática de la reducción y de la nulidad parcial de cláusula, de forma que su intento se distingue del de los autores anteriores en dos aspectos básicos: en primer lugar, no basa la distinción en el tipo de cláusulas a las que se aplica (cláusulas excesivas y cláusulas indiferenciadas) sino en "si se otorga (o no) al juez la posibilidad de corregir el contenido del contrato"⁶⁰. Por tanto, nulidad parcial de cláusula y reducción serían dos instrumentos metodológicamente distintos. En segundo lugar, ambos expedientes son -bien que por distintas razones derivadas de su diferente incardinación dogmática- inadmisibles⁶¹.

En la reducción, el juez -según este sector- no declara nula una cláusula, sino que la rebaja o reconduce para adaptarla a la ley sin que exista una declaración formal de nulidad. Por lo tanto, la reducción supone un control del contenido distinto (y que se coloca junto) al establecido legalmente (arts 8ss AP 10. 1 c) LCU; §§ 9-11 AGBG) y que a diferencia de éste no conduce a la nulidad de la cláusula sino a la adaptación de la misma a la ley. En el caso de la nulidad parcial de una cláusula, por el contrario, no se otorga al juez un poder para corregir el contenido del contrato sino que, simplemente, declarada ineficaz una cláusula, en lugar de entrar en sustitución de la misma el Derecho dispositivo, se aplica la parte de la cláusula que no contradice lo dispuesto en la norma (v.gr. la exclusión de responsabilidad por culpa leve, el plazo admisible legalmente etc)⁶².

La distinción es, a nuestro juicio, excesivamente formal y no llega a convencer. En primer lugar, ambos métodos no se diferencian en cuanto a la discrecionalidad judicial tolerable respecto a la configuración del contenido del contrato "puesto que también en el caso de al nulidad parcial de cláusula, la

porque de lo que se trataba es de decidir cuándo estábamos ante una cláusula y aquí sólo de la posibilidad material de eliminar una parte de una cláusula. Contra la posibilidad de una nulidad parcial cuantitativa ZIMMERMANN Moderationsrecht pp 60 ss esp pp 63 ss.

⁵⁹ H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 117-118.

⁶⁰ H. SCHMIDT ibidem p 117.

⁶¹ Así, pues, la distinción tiene en SCHMIDT una función diferente. No se trata de explicar por qué en unos casos es admisible limitar el ámbito de la nulidad y en otros no, sino de distinguir cuál es en uno y otro caso la razón por la que dichas limitaciones son inadmisibles.

⁶² Vid. ej. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 145.

parte de la cláusula eficaz no está predeterminada por la ley y, por ello, ha de determinarse por el juez valorativamente⁶³. Es decir, en ambos casos, el juez debe decidir bien la cuantía de la reducción bien la parte de la cláusula que es eficaz, puesto que la ley no proporciona límites precisos.

¿En qué consiste realmente la distinción? Su comprensión se facilita con los ejemplos de reducción a los que se remite: la reducción de la cláusula penal y la corrección judicial de la prestación cuando ésta ha sido determinada por una de las partes y la determinación no ha sido equitativa (§ 315 BGB).

Pues bien, efectivamente, el juez no declara formalmente nula la cláusula penal, sino que la modifica, pero ¿supone ello una diferencia sustancial con considerar que el juez declara la cláusula parcialmente ineficaz? A nuestro juicio no, y el propio autor reconoce que materialmente no hay diferencia alguna cuando niega que tanto la reducción como la nulidad parcial sean aptas para resolver los supuestos en los que para eliminar el carácter abusivo de la cláusula no hay que reducir sino ampliar su contenido (por ej. un plazo de reclamación excesivamente corto)⁶⁴. Por lo tanto, en ambos casos, materialmente, el juez se limita a "tachar" una parte del contenido de la cláusula. Cuando el juez modifica la cláusula reduciendo su alcance, la "intervención correctora" en el contrato no se distingue de la declaración de nulidad parcial, ya que se limita en ambos casos a declarar que una cláusula debe valer en un minus respecto a su tenor literal⁶⁵. En definitiva, la presunta diferencia metodológica no es mas que un proceso de razonamiento abreviado. En el caso de la reducción el juez no declara nula la cláusula señalando que es válida sólo en una parte de la misma, sino que directamente la adapta a la ley evitando la declaración formal de nulidad. La distinción sólo estaría objetivamente justificada en el supuesto de que para adaptar la cláusula a la ley, el juez tuviera que modificar la cláusula no limitándose a afirmar que vale sólo en un minus respecto a su tenor literal, sino añadiendo un supuesto de hecho o una consecuencia jurídica distintos a los previstos por el predisponente. Pero en tal caso, no estaríamos ya ante

⁶³ H. SCHMIDT ibidem p 118.

⁶⁴ H. SCHMIDT ibidem p 124; contra DE CASTRO Negocio p 492.

⁶⁵ Precisamente que el núcleo válido de la cláusula constituya un minus y que, por tanto, esté contenido ya en el tenor literal de la misma es el criterio que había propuesto KÖTZ (NJW (1979) p 787) para distinguir los casos en los que la reducción o nulidad parcial es admisible de aquellos en los que no lo es. Según este autor, cuando la reducción conduce a modificar la cláusula, no es admisible.

reducción o nulidad parcial de cláusula sino en la integración (o interpretación integradora) del contrato⁶⁶.

Por lo tanto, tampoco la distinción realizada por éste es satisfactoria, lo que lleva a rechazar consiguientemente su argumentación acerca de los distintos motivos de inadmisibilidad de la reducción y la nulidad parcial y a estudiar conjuntamente -bajo el epígrafe de la reducción- el problema de su admisibilidad en el ámbito de las condiciones generales.

La mayoría de la doctrina, correctamente a nuestro juicio, prescinde de la distinción entre nulidad parcial de cláusula en sentido material y reducción⁶⁷ y se concentra en si es o no legítimo limitar la nulidad de una condición general abusiva manteniéndola en todo lo que sea legalmente admisible o si la cláusula abusiva ha de declararse completamente nula y sustituirse en su totalidad por el Derecho dispositivo, cuestión que nosotros analizaremos al estudiar el problema de la reducción conservadora de la validez.

2. Del concepto material de cláusula por el que aquí se ha optado, se desprenden las siguientes reglas:

a) Hay varias cláusulas cuando para un supuesto de hecho se prevén varias consecuencias jurídicas alternativas⁶⁸.

⁶⁶ Vid. al respecto H.J. BUNTE "Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB Klauseln" NJW (1984) p 1148 quien afirma precisamente que la diferencia entre la reducción y la interpretación integradora consiste en que la primera sólo puede conducir a un recorte de la cláusula singular controlada, mientras que la segunda puede provocar una regulación diferente en el contrato, lo que acepta expresamente SCHMIDT (Vertragsfolgen p 123). Contra J. HAGER "Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermässiger Vertragspflichten BGHZ 89, 316 und 90,69" JuS (1985) p 266.

⁶⁷ Así ERMANN/HEFERMEHL § 6.8; JOHANNSON DB (1981) p 732; HAGER Gesetzeskonforme p 74; LOCHER AGB-Recht pp 58-60; LINDACHER BB (1983) p 155; ULMER NJW (1981) p 2032; E. SCHMIDT JA (1980) p 404 quien a pesar de que distingue entre nulidad parcial de cláusula y reducción, en realidad, bajo el concepto de nulidad parcial de cláusula, lo que discute es el concepto de cláusula en sentido material.

⁶⁸ Vid. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 75; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 80.

Por ejemplo se prevé que para el caso de incumplimiento del cliente, el predisponente podrá bien resolver el contrato, bien exigir como indemnización de los daños y perjuicios una cantidad a tanto alzado.

b) Hay una sólo cláusula cuando las consecuencias jurídicas se plantean cumulativamente.

Por ejemplo, en un contrato de leasing se establece que en caso de incumplimiento del cliente el predisponente podrá resolver el contrato, recuperar el objeto y exigir el pago total. En este supuesto no es posible decidir si la cláusula es eficaz parte por parte, porque su carácter abusivo vendrá dado normalmente por la suma de todas las consecuencias jurídicas previstas⁶⁹.

c) Hay varias cláusulas cuando una misma consecuencia jurídica está prevista para una pluralidad de supuestos de hecho.

Por ejemplo, cuando se otorga la facultad de resolución del contrato en diferentes supuestos de incumplimiento del adherente detallados separadamente. Cada uno de estos supuestos puede someterse a un control del contenido autónomo para determinar si es discrecional o no⁷⁰. Otro ejemplo puede ser el de la cláusula "lugar de cumplimiento y tribunales competentes X" que contendría dos cláusulas⁷¹.

⁶⁹ Vid. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 77.

⁷⁰ Vid. H. SCHMIDT ibidem p 76; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 80.

⁷¹ S. OLG Koblenz 15.2.1985. Como ejemplo del modo de proceder reflejado en los apartados a) b) y c), puede exponerse el caso resuelto por la S. BGH 21.2.1985 (WM (1985) p 604). La cláusula se encontraba en un contrato de clases de gimnasia (Fit training) y su tenor literal era el siguiente:

"Si un participante se daña a sí mismo o a las instalaciones como consecuencia de su comportamiento o desobedece las indicaciones de los instructores podrá ser excluido inmediatamente del curso sin responsabilidad alguna a cargo del centro. En este caso, o cuando un participante se retrase en el pago más de dos plazos, la cantidad que quede por pagar hasta el plazo mínimo de duración establecido en el contrato, se considerará vencido".

El BGH consideró que la cláusula subrayada era ineficaz porque permitía al predisponente resolver en caso de retraso del cliente en pagar con independencia de que el retraso fuera culpable o no. Es decir, se basó

d) Hay una sólo cláusula cuando el supuesto de hecho sea complejo, esto es, formado por diversos elementos y la existencia de todos ellos viene exigida por la norma de control para evitar la nulidad, de forma que la ausencia de uno de ellos hace perecer la cláusula completa.

Por ejemplo una cláusula de exclusión de responsabilidad por vicios ocultos (negación de la quantum minoris y de la redhibitoria) puede no ser abusiva si va acompañada de un derecho a la reparación gratuita y total del objeto defectuoso (art. 10.1 c) en relación con el 11 LCU). Si la reparación no es completamente gratuita, la cláusula es nula y renacen los derechos a la resolución y a la reducción del precio a elección del cliente (vid. art. 18 AP) y es que en este supuesto, lo que se somete a control del contenido es la regulación total de la responsabilidad por vicios ocultos, por lo que no es posible someter a un examen específico de "abusividad" sólo a una parte de tal regulación⁷².

e) Cláusulas excesivas cuantitativa o temporalmente. Cuando una cláusula sobrepasa los límites cuantitativos o temporales marcados por la ley, estamos ante una sólo cláusula y por tanto, la consecuencia es la nulidad total. No puede decirse que

en la distinción entre mero retraso y mora.

Efectivamente, la parte subrayada es una cláusula en sentido material. En el texto transcrito pueden distinguirse cuatro cláusulas.

Supuestos de hecho: 1º Daños a sí mismo; 2º Daños a las instalaciones; 3º Desobediencia a los instructores; 4º Retraso en el pago.

Consecuencia jurídica 1º Posibilidad de expulsión sin responsabilidad para la empresa 2º vencimiento anticipado de las mensualidades futuras hasta el momento en que se podía denunciar el contrato.

Si SH 1º, 2º o 3º, se producían las CJ 1º y 2º cumulativamente. Por lo tanto, tenemos tres cláusulas (SH₁ - CJ₁ 2; SH₂ - CJ₁ 2; SH₃ - CJ₁ 2).

Si SH 4º se producía la CJ 2º. Tenemos, por tanto una cláusula (SH₄ - CJ₂). En total, cuatro cláusulas.

⁷² Vid tb. SAT Valencia 2.12.1986 (LA LEY (1987) nº 1662) y S. BGH 28.5.1984 NJW (1984) p 2687.

haya una cláusula por el exceso y otra por la parte no excesiva.

Por ejemplo las cláusulas que establecen un plazo no razonable para la denuncia de contratos duraderos o que los consideran prorrogados por un periodo de tiempo excesivo (Art. 11 III AP)⁷³.

Por último debe recordarse que éste no es el caso en el que una norma imperativa dicta el contenido del contrato (normas imperativas-sustitutivas) como ocurre en las normas sobre precios máximos. En estos casos, la norma imperativa-sustitutiva se integra en el contrato por voluntad de la ley y no hay, por tanto, problema alguno para determinar cuál debe ser la regulación sustitutoria.

3. Hemos señalado que la formulación de unas condiciones generales puede influir en la extensión de la nulidad en cuanto una misma regulación puede ser objeto de formulación en una o varias cláusulas en sentido material⁷⁴, según se prevea como supuestos de hecho diferenciados lo que desde otro punto de vista podría considerarse como un problema global.

Con ello nos estamos refiriendo al problema de las cláusulas indiferenciadas en su formulación. Es decir, aquellas que no están divididas en su formulación, pero que sí son divisibles mentalmente en varios supuestos de hecho. El tipo de cláusulas al que nos referimos puede describirse a través de los siguientes ejemplos:

⁷³ Con ello se afirma que el juez no puede considerar abusivo el plazo establecido y reducirlo en la cuantía mínima necesaria para que deje de serlo. Deberá declararlo nulo y deducir de la naturaleza del contrato -a falta de Derecho dispositivo- si es necesario fijar un plazo razonable o si, simplemente basta con señalar que no hay plazo alguno.

⁷⁴ Contra MEDICUS 10 Jahre p 91: "El predisponente no puede tener en sus manos la posibilidad de decidir el ámbito de la ineficacia a través de la formulación".

a) Una cláusula de condiciones generales excluye genéricamente la responsabilidad del predisponente y puede estar recogida en un formulario de las siguientes formas: bien,

aa) "No se responde de los daños causados al material durante el proceso de revelado".

o bien,

bb) "Responsabilidad:

1º No se responde de los daños causados al material dolosamente o con culpa grave durante el proceso de revelado.

2º No se responde tampoco de los daños causados con culpa leve durante el proceso de revelado.

b) Una cláusula de resolución puede formularse:

aa) "El empresario podrá resolver anticipadamente el contrato por los motivos que estime oportunos comunicándolo con quince días de antelación al cliente"

o bien,

bb) "La empresa podrá resolver anticipadamente 1º en caso de falta de pago de dos mensualidades 2º en caso de incumplimiento de la obligación de asegurar el objeto por parte del cliente 3º en cualquier otro supuesto en el que la empresa lo estime necesario".

En los ejemplos transcritos, se observa que mientras en los supuestos aa) estamos ante una sólo cláusula en cada caso (SH: responsabilidad; CJ: exclusión) en las cláusulas bb) el supuesto de hecho está diferenciado dando lugar a diferentes contenidos de regulación y por tanto, a diferentes cláusulas. La nulidad en los casos aa) afecta a la cláusula en su conjunto, con lo que el predisponente responderá también por culpa leve (1103 CC), mientras que en el caso de las cláusulas bb) sólo es ineficaz la exclusión de responsabilidad por culpa grave, porque la exclusión de la responsabilidad por culpa leve es válida. Del mismo modo en cuanto a la cláusula de resolución anticipada, la cláusula aa) es ineficaz porque permite al predisponente resolver discrecionalmente (art. 10.1 c) 2º LCU), con lo que sólo podrá resolver en los casos previstos legalmente (1124 CC etc) como régimen

supletorio, mientras que el predisponente que haya utilizado la cláusula bb) podrá hacerlo, además, en los supuestos 1º y 2º, puesto que la nulidad se limita al 3º.

Esta solución, a la que llegan por distintas vías la mayoría de los autores⁷⁵, es la más coherente con el concepto de cláusula aquí manejado, en cuanto que cada una de las subdivisiones de las cláusulas bb) es susceptible de un control específico de contenido, mientras que no es posible realizar varios a las cláusulas aa)⁷⁶

Efectivamente, el control específico del contenido en las cláusulas sub a) sólo es posible en vía interpretativa, es decir podríamos interpretar la cláusula y entender que hay una exclusión de la responsabilidad por dolo y por culpa grave y otra por culpa leve etc, cada uno de estos contenidos no puede considerarse como una cláusula independiente, por lo que la ineficacia es total⁷⁷.

Existen, además, argumentos valorativos a favor de la diferente solución en uno y otro caso aún cuando a primera vista parezca que semejante tratamiento no está justificado. El argumento nos lo suministra la exigencia

⁷⁵ H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 78-80; ULMER NJW (1981) p 2032; E. SCHMIDT JA (1980) p 403; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 83; NEUMANN Reduktion pp 90-91; LINDACHER §6.15; WITTE Inhaltskontrolle p 107.

⁷⁶ De acuerdo con la pregunta aquí sugerida, en las cláusulas b) podemos preguntarnos: ¿es abusivo que... el predisponente excluya su responsabilidad por culpa leve? lo que no podemos hacer con las cláusulas a).

⁷⁷ Vid. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 76 in fine.

de transparencia en la formulación de las condiciones generales^{7*}. Es obvio que una formulación tipo b) proporciona una información mayor al adherente que las cláusulas tipo a)^{7*}.

En contra se ha alegado que con esta solución se incita a los predisponentes a dividir las cláusulas lo más posible con la finalidad de limitar el ámbito de la nulidad^{8*}, pero esta objeción no es de recibo. En primer lugar, porque tal división no es siempre posible⁸¹. En segundo lugar, porque la división tiene sus límites en el control de la inclusión, ya que condiciones generales con excesivas subdivisiones o excesivamente largas en relación con el contrato celebrado pueden quedar excluidas del mismo⁸².

También se ha alegado que el predisponente de las

^{7*} Vid supra § 14.VI.

^{7*} H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 80; E. SCHMIDT JA (1980) pp 403-404; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 84; con matices NEUMANN Reduktion p 90; contra HAGER Gesetzeskonforme p 68: "En ambos casos, el cliente sólo puede conocer el ámbito de sus derechos sobre la base del contenido de la ley".

^{8*} KÖTZ NJW (1979) p 788; HAGER Gesetzeskonforme p 73.

⁸¹ Vid ULMER NJW (1981) p 2032: las cláusulas cuantitativas no pueden dividirse.

⁸² Vid H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 80 quien añade que no se han producido caso de este tipo en Alemania y que además frente a la división puede oponerse la excepción de abuso de Derecho en cuanto el predisponente divida conscientemente y en perjuicio del cliente los objetos de regulación y a la vez pretendiera aprovecharse de las consecuencias beneficiosas para él de la nulidad parcial; ULMER NJW (1981) P 2032. NEUMANN, por fin (Reduktion pp 90-91) alega que se trata de un caso extremo y que en los casos extremos no es, con frecuencia, posible, demostrar una argumentación, por lo demás convincente.

cláusulas sub bb) podría oponer al adherente la exclusión de responsabilidad por dolo o culpa grave en el desarrollo extraprocesal del contrato y a la vez en cualquier caso apoyarse en la exclusión (válida) de la responsabilidad por culpa leve⁸³. Pero tampoco esta objeción llega a convencer. La finalidad preventiva a la que hace referencia está presente en la LCU en los límites de la exigencia de transparencia (arts. 10.1 a), b), 10.1 c) 5º, 12; 10.2; 10.5 LCU). Es decir, la ley al consagrar tal exigencia, persigue evitar que el predisponente se aproveche de la oscuridad o incomprensibilidad de una cláusula para empeorar la posición del cliente, pero en modo alguno puede impedir que se opongan cláusulas nulas antes de que sean declaradas como tales aprovechando la ignorancia del adherente. Esto es, simplemente, un problema de eficacia de la ley⁸⁴.

VI. Las cláusulas "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes".

1. De acuerdo con el orden de exposición propuesto, corresponde ahora examinar si el adherente puede evitar la nulidad de una cláusula limitando su contenido por medio del inciso "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes". Dicho de otro modo, se trata de averiguar si dicho añadido justifica una interpretación de la

⁸³ Apud H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 79.

⁸⁴ Vid. E. SCHMIDT JA (1980) pp 303-304.

cláusula conforme con las normas de control del contenido y, por tanto, evita la aplicación del 10.4 LCU⁵⁵.

Ejemplos: "El Banco facilitará información sobre créditos excluyendo cualquier responsabilidad en la medida en que dicha exclusión esté permitida por la ley".

"Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes, no se responde de los daños causados a otros objetos durante la reparación del aparato en el domicilio del cliente"

"Reclamaciones por daños y perjuicios a causa de retraso o incumplimientos quedan excluidas en la medida en que sea posible legalmente"⁵⁶

⁵⁵ El añadido "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" se utiliza no sólo en condiciones generales, sino también por el propio legislador cuando, al establecer una regulación específica, pretende dejar a salvo otras regulaciones legales de la misma cuestión y viceversa, cuando una norma más general y posterior establece una regulación prima facie diversa de la prevista en una más especial y anterior. Así, por ejemplo, el AP establece en su art. 20 que "sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación especial, no se podrá excluir o limitar la responsabilidad por dolo o culpa grave...". Con ello el legislador manifiesta su voluntad de dejar a salvo otras normas que establezcan una regulación de la responsabilidad más estricta (responsabilidad del fabricante, daños nucleares, caza etc). Este tipo de añadidos puede servir, a lo más, y sólo cuando se utiliza correctamente, para aclarar la voluntad del legislador, pero cuando -como ocurre frecuentemente- se utiliza incorrectamente, hace impenetrable el conocimiento del Derecho aplicable. Así ocurre con el art. 88 de la ley de marcas de 1988, que regula con carácter general la competencia desleal "sin perjuicio de la legislación general" sobre competencia desleal (Vid. sobre estos problemas de técnica legislativa S. MUÑOZ MACHADO "Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional" Documentación Administrativa nº 200 (1984) pp 52-53 recogido en Cinco estudios sobre el poder y la técnica de legislar Madrid, 1986 pp 185ss).

⁵⁶ Vid ALFARO RDM (1987) p 15. Este tipo de cláusulas suele denominarse en la doctrina alemana "salvatorische Klauseln" expresión con la que se hace referencia a una realidad más amplia, ya que se incluyen también todas las condiciones generales por las que se establece que en caso de nulidad de una de ellas debe entrar en sustitución de la misma una regulación diferente al derecho dispositivo que en otro caso sería aplicable (Para una clasificación de las mismas puede

El sentido del inciso que examinamos es claro. No se trata, obviamente de completar la cláusula para atribuir validez a normas imperativas (la cláusula desde este punto de vista sería irrelevante⁸⁷) sino que tiene por objeto evitar la nulidad de la cláusula haciendo posible una interpretación de la misma que resulte compatible con las normas imperativas. Lógicamente, el añadido se utiliza en aquellos casos en los que el tenor literal de la cláusula va más allá de lo que permiten las leyes o bien cuando su validez ofrezca dudas. Es un sistema, por tanto, para tratar de evitar la nulidad total de la cláusula permitiendo su reducción a los límites legales⁸⁸. A la vez -y esto tiene mayor relevancia a los efectos del enjuiciamiento de su legitimidad- con ello, el predisponente consigue agotar las posibilidades legales, esto es, consigue una formulación de la cláusula tan beneficiosa para él como

verse H. GARRN "Zur Zulässigkeit salvatorischer Klauseln bei der Vereinbarung von AGB" JA (1981) pp 151-152;). Aquí nos vamos a referir exclusivamente a las mencionadas en primer lugar. Los otros supuestos se enmarcan en el ámbito de la integración, por lo que su estudio queda remitido infra § 19.

⁸⁷ Vid. p. ej. LÖWE BB (1982) p 58: "tales cláusulas carecen de efectos y no contienen mas que fórmulas vacías... porque, en definitiva, no son mas que conditiones iuris". WILLENBRUCH BB (1981) p 1979.

⁸⁸ GARRN JA (1981) p 156. Como parece admitir el TC respecto a la función de estos incisos cuando se utilizan en el marco de una disposición legal. Así, el Tribunal constitucional ha señalado que una norma autonómica que deje a salvo las competencias del Estado mediante una coletilla de este tipo no puede ser inconstitucional por invadir competencias estatales, precisamente porque deja a salvo éstas (vid. MUNOZ MACHADO Documentación administrativa cit. nota 112;

legalmente resulte posible⁸⁸. Es este efecto fundamentalmente el que ha hecho poner en duda la legitimidad de este tipo de cláusulas. De hecho, con los matices que se analizan a continuación, la doctrina está ampliamente de acuerdo en que son contrarias al Derecho de las condiciones generales y, por tanto, ineficaces⁸⁹.

Los problemas son, por lo tanto, dos. El primero consiste en determinar por qué son ineficaces. El segundo, en averiguar el ámbito de la nulidad.

3. Por lo que atañe al primer problema, la doctrina se halla dividida. Las diferencias se manifiestan a la hora de señalar si la cláusula no queda incluida en el contrato al haberse infringido el requisito de comprensibilidad; si es ineficaz por contraria a la buena fe o si resulta que se trata de una cláusula oscura y a la que, consiguientemente resulta de aplicación la regla contra proferentem. Todos los planteamientos, en cualquier caso, responden a la misma idea de fondo: este tipo de configuración de las condiciones generales contradice la exigencia de

⁸⁸ GARRN JA (1981) p 156; SCHLOSSER "Haftungsgrund und Haftungsmaßstab und AGB-Gesetz" WM 1978 pp 568-569 quien afirma que con estas cláusulas el predisponente parece decir: "Quiero derogar el Derecho dispositivo hasta donde sea posible".

⁸⁹ Vid. por todos ULMER § 2.53 y más indicaciones en las notas siguientes. contra R. STÜTZLE WM (1981) pp 288-291; KÜMPEL WM (1977) p 697; DITTMANN/STAHL AGB Kommentar § 243.

transparencia⁹¹. En segundo lugar, se discute si este tipo de cláusulas está justificado en algún supuesto o no.

Decidir cuál es el fundamento correcto tiene cierta trascendencia práctica. Si entendemos que la cláusula es dudosa u oscura, en el sentido del art. 10.2 LCU (art. 1288 CC), la consecuencia será su interpretación en contra del predisponente pero sin discutir su validez. Si entendemos que es un problema de inclusión o de infracción de la buena fe (arts. 10.1 a) y c) LCU respectivamente), la cláusula es, en ambos casos, ineficaz e inoponible.

a) Algunos autores entienden que nos hallamos ante una cláusula oscura en cuanto que su contenido no se deja aprehender con la lectura de la misma⁹². Esta tesis es correcta sólo en la medida en que este tipo de cláusulas atentan, en efecto, contra el principio de la transparencia del que la regla contra proferentem es una expresión. Pero resulta preferible analizar este caso en el ámbito de los requisitos de inclusión. La razón para

⁹¹ Se afirma, en efecto, que este tipo de cláusulas no proporciona información alguna al cliente (Así, SCHLOSSER § 11.7 n.º 28.) o que son incomprensibles si no se conoce la regulación legal (Así la mayoría de la doctrina: Vid. ULMER § 2.53; PALANDT/HEINRICHS Vorb. 3 d) n.º 8-9; LINDACHER BB (1983) p 157; GRAF VON WESTPHALEN § 11.7 n.º 36; GARRN JA (1981) p 156; contra HAGER Gesetzeskonforme p 204 quien afirma que estas cláusulas no son incomprensibles cuando la regulación legal es clara: "Desde el punto de vista de la comprensibilidad esta cláusula es tan transparente como una que beneficie grandemente al predisponente de acuerdo con su tenor literal". Este argumento no es aceptable. Precisamente, es el añadido "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" el que introduce la duda acerca de la extensión del contenido de la cláusula. El cliente al leerla tendría que informarse acerca de en qué medida es admisible legalmente el contenido de la cláusula. Vid. S BGH NJW (1985) p 2253, y BRANDNER § 9.77.

⁹² LÖWE § 5.8 y BB (1982) p 158; GRAF VON WESTPHALEN NJW (1979) p 840; WILLENBRUCH BB (1981) p 1978.

ello es que no se trata de cláusulas ambiguas o confusas, puesto que expresan claramente la voluntad del predisponente de que la regulación de las condiciones generales debe ser tan favorable para él como permitan las leyes⁹³.

Por otra parte, sería difícil determinar qué interpretación de la cláusula sería más favorable para el cliente. Más bien tendríamos que interpretar las normas jurídicas a las que se remite la cláusula de la forma más restrictiva posible, resultado que no se corresponde con el sentido de la regla contra proferentem que hace referencia a la formulación de la propia cláusula como susceptible de ser entendida en varios sentidos. La cláusula "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" sólo puede entenderse en un sentido.

b) La doctrina mayoritaria considera, correctamente, que el inciso "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" hace que la cláusula devenga incomprensible y, por tanto, supone incumplir el requisito de incorporación recogido en el art. 10.1 a) LCU de la "posibilidad de comprensión directa sin remisión a textos o documentos que no se faciliten"⁹⁴. Su argumentación es relativamente sencilla. Que las condiciones generales han de ser comprensibles significa que el cliente ha de poderse hacer una mínima composición de lugar leyendo la cláusula respecto de los derechos y obligaciones que asume⁹⁵. Es obvio que este tipo de cláusulas tienen un contenido informativo muy

⁹³ ULMER § 5.35; KÖTZ MünchKomm § 5.7; NIEDENFÜHR Informationsgebote p 45.

⁹⁴ ULMER § 2.53; SCHMIDT Vertragsfolgen p 99; ERMANN/HEFERMEHL § 2.15; PALANDT/HEINRICHS Vorb. 3 a) a §§ 8,9; LÖWE BB (1982) p 158.

⁹⁵ Vid supra 14.VI.

escaso, puesto que a menos que el cliente conozca la regulación legal, le es imposible hacerse una composición de lugar sobre la cuestión.

Esta solución es independiente de la interpretación que hagamos de la expresión legal "sin remisión a textos o documentos que no se faciliten". Dicha prohibición de incorporación por referencia debe entenderse, a nuestro juicio, restrictivamente en el sentido de que no incluye la remisión a textos legales, sino sólo a textos contractuales o, en general, informativos elaborados por el predisponente (folletos, prospectos...). Esta interpretación estaría apoyada en el argumento de que las normas legales "deben" conocerse y, por tanto, que el predisponente -salvo que se establezca expresamente por la ley- no tiene por qué informar de su contenido.

Sin embargo, esto no es aplicable al caso que nos ocupa. Con la cláusula "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes", el predisponente no está declarando aplicables al contrato normas legales que en otro caso no lo serían, sino que está tratando de derogar, en la medida en que sea admisible, el Derecho dispositivo. Por tanto, debe informar al cliente con precisión del alcance de su pretensión⁹⁶. Consecuentemente, aunque estemos de acuerdo en que el predisponente no tiene obligación de facilitar al cliente el régimen legal del contrato, salvo que así lo disponga expresamente una norma legal⁹⁷ y basta una simple referencia genérica al mismo (o ninguna) cuando éste sea aplicable supletoriamente como derecho dispositivo, en la medida en que pretenda separarse del mismo, ha de especificar concretamente los contornos de dicha derogación.

c) También desde el punto de vista del control del contenido pueden ponerse reparos a la validez de estas cláusulas. No debe olvidarse, en efecto, que la exigencia de transparencia ha quedado reflejada no sólo en los requisitos de incorporación, sino también en las normas de control del contenido. Así lo demuestran

⁹⁶ Como dicen SCHLOSSER (WM 1978 p 569) y LINDACHER (BB 1983 p 157), estas cláusulas significan: "Quiero derogar el derecho dispositivo hasta el límite de lo posible legalmente, averigua tú mismo lo que esto significa en el caso concreto".

⁹⁷ Vid por ej. el RD 27.11.1987 sobre tintorerías (BOE 28.11) que en sus arts. 4 y 6 obliga a los empresarios de este ramo a informar de sus derechos a los clientes.

algunos de los supuestos de la lista de cláusulas prohibidas⁹⁹.

4. Por último, ha de determinarse el ámbito de la nulidad. Se trata, en definitiva, de saber si la cláusula -en sentido formal- es ineficaz por incluir el añadido "salvo lo dispuesto en las leyes" o si sóloamente es ineficaz el añadido, de forma que habría que decidir si la cláusula es o no eficaz analizándola como si el añadido no existiera.

a) Si entendiéramos que cualquier cláusula que contenga dicho añadido es ipso facto toda ella ineficaz, con independencia de qué sucediera sin el añadido, las consecuencias resultarían excesivas. Este problema ha llevado a algunos autores a admitir excepcionalmente la

⁹⁹ Vid p. ej. art. 10.1 c) 5º; 10. 1. c) 11º LCU. Ampliamente, supra § 15 II. A favor, BRANDNER § 9.77; LÖWE BB (1982) p 158; Una argumentación original de la contrariedad a la buena fe de estas cláusulas se encuentra en H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 98-99. Según este autor, con ellas, se produce una asignación de los riesgos perjudicial para el cliente: "El riesgo de una valoración errónea de los límites establecidos por la ley los soporta exclusivamente el cliente". Este toma por acorde con la ley un contenido de la cláusula que no lo es. Además el predisponente puede utilizar estratégicamente la cláusula oponiéndola en toda su amplitud al cliente en la fase extraprocésal en la esperanza de que éste la admita y en caso de que se llegue a un proceso, alegar el contenido de la cláusula conforme con la ley. Ello no resulta, sin embargo, muy convincente. La argumentación de Schmidt va referida a la formulación, no al contenido de la cláusula. Es aquella, la que permite al predisponente aprovecharse de la falta de información del cliente, no el contenido de la cláusula. Los mismos argumentos podrían aplicarse para negar la validez conforme al control del contenido de las cláusulas dudosas: el predisponente puede utilizarlas estratégicamente en el ámbito extraprocésal el sentido a él más favorable y en el procesal el menos, el riesgo de la valoración del contenido de la cláusula lo soporta en exclusiva el cliente etc.

validez del añadido en aquellos casos en que el mismo responde a un interés del predisponente en no alargar excesivamente las cláusulas recogiendo supuestos excepcionales⁹⁹, o cuando el régimen legal no es claro¹⁰⁰. A ello se ha respondido con mejores argumentos que la excepción no es necesaria puesto que interpretando la cláusula conforme a su sentido y finalidad, no deben entenderse comprendidos en ella casos excepcionales (vid. art. 1283 CC). Por lo tanto, la coletilla es ineficaz en todo caso¹⁰¹.

Un ejemplo de este tipo lo encontramos en la STS 22.1.1988 (Ar 135) que se ocupa de una cláusula de modificación sólo al alza de la renta en contratos de arrendamientos urbanos. A partir de la STS 21.10.1985 la jurisprudencia abandona la tendencia a negar la validez de las cláusulas que se remitían al índice de precios al consumo (IPC) para fijar la cuantía del aumento pero sólo al alza. En concreto en esta sentencia el TS declara que "en las cláusulas que sólo han previsto el alza de la renta, dejándose llevar los contratantes por aquella realidad económico-social (el IPC no ha bajado nunca) una interpretación prudente y ponderada impele a entender dichas cláusulas comprendiendo también las verificaciones a la baja. Es decir, el supuesto excepcional (que el IPC baje) debe entenderse comprendido en la cláusula aún cuando las partes no lo hubieran previsto expresamente.

b) Debe entenderse que el ámbito de la nulidad se limita, por tanto, al añadido "salvo lo dispuesto en las leyes" y que el juez, para determinar si es incluible y

⁹⁹ Por ej. una exclusión de responsabilidad por culpa leve a la que se le añade este inciso para que la cláusula no sea ineficaz por el hecho de que exista algún supuesto excepcional en el que tampoco la exclusión de responsabilidad por culpa leve sea admisible. Así SCHLOSSER § 11.7 n.º 29.

¹⁰⁰ Así LINDACHER BB (1983) p 157; PALANDT/HEINRICHS Vorb 3 a §§ 8,9.

¹⁰¹ ULMER § 2.53; SCHMIDT Vertragsfolgen p 93 y 100; NIEDENFÜHR Informationsgebote pp 46-47; NEUMANN Reduktion p 112.

conforme a la buena fe, ha de examinar la cláusula como si el mismo no existiera. A la misma conclusión se llega desde el concepto de cláusula aquí manejado en cuanto que el añadido prevé una consecuencia jurídica (reducción de lo dicho anteriormente) para un supuesto de hecho (que la ley impida la validez de lo dicho anteriormente) que conjuntamente resultan accesibles a un control específico del contenido.

VII. La reducción conservadora de la validez.

1. Junto a los expedientes examinados (concepto de cláusula, cláusulas salvatorias) y los que se examinarán (control del ejercicio¹⁰²) que han sido empleados para delimitar el ámbito de nulidad de una cláusula y restringirlo en lo posible, ha tenido y tiene especial relevancia el expediente de la "reducción conservadora de la validez" (Geltungserhaltende Reduktion)¹⁰³. Dicho procedimiento consiste, explicado muy simplemente, no en anular una cláusula de condiciones generales abusiva sino en reducir su eficacia a los límites permitidos por la ley, en este caso, por la lista de cláusulas prohibidas del art. 10. 1 c) LCU¹⁰⁴.

¹⁰² Infra VIII.

¹⁰³ DE CASTRO (Negocio p 492) habla de "reducibilidad del negocio".

¹⁰⁴ La discusión ha tenido lugar en Alemania al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal sobre los contratos usurarios, contrarios a las buenas costumbres de acuerdo con el § 138 II BGB; los contratos de suministro de cerveza con un plazo de duración excesivo y los arrendamientos de vivienda con una renta

superior a la media de la zona, que se configuran como contrarios a las leyes. La polémica en la doctrina se inicia con el libro de ZIMMERMANN Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? que partiendo del principio del "todo o nada" ("Alles oder Nichts-Prinzip) rechaza contundentemente la posibilidad de que el juez modifique el contenido de los contratos contrarios a la ley o a las buenas costumbres, siendo obligado el recurso a las normas sobre el enriquecimiento injusto para liquidar los contratos. Al libro de ZIMMERMANN le sirve de contestación el de J. HAGER Gesetzeskonformeauslegung von Rechtsgeschäften quien partiendo del modelo de las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, que mantienen la validez de una ley haciendo una interpretación de la misma conforme con la Constitución, se manifiesta por el mantenimiento reducidos a los límites legales.

En este ambiente cabría incluir también el trabajo de CANARIS Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft que, sin embargo, se ocupa únicamente de analizar el problema de los contratos contrarios a normas imperativas (§134 BGB- art. 6.3 CC). Canaris parte de la nulidad como regla general y propone la construcción de una nulidad para una sólo de las partes (halbseitiges Nichtigkeit) la cual, brevemente explicada, consiste en afirmar que cuando la finalidad de la norma prohibitiva es proteger a una de las partes se da uno de los supuestos de excepción a la regla general de nulidad de tales negocios. En este caso, el contrato es válido sólo para la parte no culpable y la parte culpable sólo tendría una acción de enriquecimiento injusto siempre y cuando no hubiera atentado dolosamente contra la prohibición legal por imperativo de los presupuestos de tal acción en Derecho alemán.

En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal Supremo alemán ha dado un diferente tratamiento a cada uno de los supuestos. Así, en lo que hace a los préstamos usurarios, ha declarado nulos los contratos, de modo que el prestamista sólo tiene derecho a percibir la devolución del capital y no interés alguno, de acuerdo con las reglas del enriquecimiento injusto (Vid al respecto NEUMANN Reduktion p 30ss; TIEDTKE ZIP (1987) pp 1089-1096; y un del status quaestionis jurisprudencial en G. SANDKÜHLER "Konsumentenratenkredite in der gerichtlichen Praxis" JA (1988) pp 1-11; sobre el Derecho español vid infra en este mismo epígrafe). Sin embargo, la solución ha sido distinta en los contratos de suministro de cerveza con un plazo de duración excesivamente largo, que se consideran contrarios a las buenas costumbres por las mismas razones que se prohíben las vinculaciones perpetuas. En estos casos, el BGH ha considerado válido el contrato y simplemente ha reducido el plazo de vinculación cuando superaba los 20 años (Vid. al respecto críticamente ZIMMERMANN Richterliches

2. Aclarada la noción de reducción conservadora de la validez, corresponde analizar su admisibilidad en el ámbito de nuestro ordenamiento. Para ello, examinaremos ciertos supuestos en los que nuestro Derecho utiliza la reducción analizando si obedecen a un criterio unitario y, en todo caso, si puede extraerse de ella un criterio para decidir sobre el problema aquí discutido, que es el

Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Berlín 1979 pp 44ss y brevemente, NEUMANN Reduktion pp 38-40. Estos contratos se celebran cuando un sujeto pretende abrir un bar. Los distribuidores de cerveza les ofrecen entonces créditos a muy bajo interés para realizar la inversión inicial a cambio de que se procuren la cerveza (y otras bebidas) exclusivamente de la marca que suministra el distribuidor o fabricante. Estos contratos no tienen nada de inmorales salvo si la duración de los mismos es muy larga (en ocasiones superaban los 30 años) porque entonces limitan intolerablemente la libertad contractual del dueño del bar, o el precio es abusivo. Por último, en el caso de arrendamientos cuya renta supera en una cuantía relevante las rentas medias de la zona, se considera que estamos ante un contrato contrario a la ley, y la respuesta de la jurisprudencia no es la nulidad de dichos contratos sino la reducción de la renta a los precios de mercado (La doctrina habla en estos casos de "Mietwucher", esto es, arrendamiento usurario. Al respecto, puede verse KOHLTE "Die Rechtsfolgen der Mietpreisüberhöhung" NJW (1982) pp 2803ss. Sobre disposiciones legales paralelas en Derecho español vid. infra en este mismo epígrafe. En Alemania se discute si el arrendador tras el control puede exigir la renta más alta de entre las de la zona o sólo la media.

La polémica sobre la reducción conservadora de la validez de las condiciones generales se enmarca en esta más amplia discusión. La reducción conservadora de la validez fue admitida por la jurisprudencia en los primeros años de aplicación de la AGB-G pero hoy puede considerarse como definitivamente abandonada por el Tribunal Supremo alemán y sustituida por la interpretación integradora del contrato. De esta forma, hoy se considera suficientemente aclarado que las cláusulas "excesivas" no pueden reducirse sino que han de ser consideradas nulas in toto y sustituidas por el Derecho dispositivo si lo hubiere y no resultare inadaptado al contrato en cuestión, en cuyo caso, se aplicará la regulación que las partes hubieran establecido de acuerdo con la buena fe.

de la admisibilidad de este procedimiento en el ámbito del Derecho de las condiciones generales. En concreto estudiaremos cuatro grupos de casos: Primero, la reducción en los supuestos de precios ilegales; segundo, la reducción ordenada expresamente por la ley; tercero, la reducción de vinculaciones temporales excesivas; cuarto, la reducción en los contratos con causa ilícita.

a) El grupo de supuestos más conocido de reducción de precios ilegales, aunque no el único, es el de las ventas y arrendamientos de viviendas de protección oficial (VPO) que están sometidas a precios máximos¹⁰⁵. Si se sobrepasan dichos precios, la legislación prevé sanciones administrativas¹⁰⁶ y ello provocó vacilaciones en la jurisprudencia respecto a los efectos civiles de tal infracción¹⁰⁷, pero hoy puede considerarse criterio

¹⁰⁵ Vid. R.D.-ley 31/78 de 31 de octubre (BOE 8.11) y RD 3148/78 de 10 de noviembre (BOE 16.1.1979) desarrollo del anterior: art 11 para la venta y 12 para el arrendamiento, que además establece la modalidad de revisión. Supletoriamente sigue en vigor el RD 12.11.1976 (BOE 28.12) y el Reglamento de viviendas de protección oficial de 24 de julio de 1968 (V. arts 120-131). Para el módulo de fijación vid. RD 1985/80 de 20 de junio (BOE 2.10.1980).

¹⁰⁶ Vid art. 8 RD-ley 31/78.

¹⁰⁷ Vid al respecto -en general sobre precios ilegales- la posición de la jurisprudencia en A. GORDILLO CANAS "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal" ADC (1975) pp 101ss, 126ss. Estas dudas persisten, sin embargo, en otros ámbitos. Así, la STS de 23.2.1988 afirma que "el hecho de infringir la prohibición de conceder préstamos a los jugadores o apostantes en los lugares de juego (art. 10 del Decreto de 11.3.1977) no transforma el juego que es lícito en ilícito, pues los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (art. 6.3 CC)

cual ocurre en el supuesto contemplado en el que tal contravención es objeto de especiales sanciones previstas en la propia normativa". Este tipo de argumentación es la que puede encontrarse en las antiguas sentencias sobre infracción de precios establecidos legalmente (vid. el trabajo de GORDILLO citado) y constituye, a nuestro juicio, una incorrecta aplicación del inciso final del art. 6.3 CC. Este inciso lo que pretende es garantizar la máxima eficacia social de la norma prohibitiva, cediendo -por su carácter general- la sanción general de nulidad a favor de la específicamente prevista en la norma prohibitiva. Pero cuando la norma prohibitiva no establece la sanción civil expresamente, y únicamente se preocupa de la sanción administrativa, no puede deducirse de ello que la sanción general de nulidad del 6.3 CC sea inaplicable (Vid. por ej. LACRUZ Elementos II 29 p 349) La existencia de sanciones administrativas es irrelevante a los efectos de determinar si el negocio ha de ser declarado ineficaz o no. Eso depende de que expresamente así se establezca y si no, de la ratio de la norma prohibitiva. De generalizarse la solución del Supremo, y dado que la inmensa mayoría de las normas administrativas llevan consigo preceptos dedicados a las infracciones y sanciones, se estaría desconociendo la finalidad del 6.3 que -como Canaris ha puesto de relieve- es precisamente recoger la supremacía de la normativa pública sobre los actos de la autonomía privada. La solución se contradice además con la que el mismo Tribunal Supremo aplica, como estamos viendo, en el caso de viviendas de protección oficial, donde la normativa administrativa tampoco establece como sanción para su infracción la nulidad y sí que establece sanciones administrativas. La doctrina recogida en esta sentencia lo que hace en realidad es debilitar la prohibición de realizar préstamos en los casinos contenida en la norma. Efectivamente, el juego realizado en el casino no es ilícito, pero sí que lo es el préstamo suscrito en dicho local. Otra cosa es que efectivamente en el caso enjuiciado estemos ante un auténtico préstamo, ya que lo que parece es que el cliente pagó con cheques las fichas de juego y el cheque, en nuestro Derecho no tiene función de crédito sino de pago, por lo que es discutible que estuviéramos ante un préstamo (u operación de crédito en el sentido del art. 10 del citado decreto). Para determinar las operaciones prohibidas -lo que no es objeto de estas líneas- habría que acudir a la finalidad de la norma prohibitiva que parece ser, el de evitar que el "calor" de los jugadores les lleve a gastar más dinero del que llevan consigo al entrar al casino, con lo que estarían prohibidas todas las adquisiciones de fichas de juego que no se realizaran con dinero en efectivo, incluido el pago con tarjeta de crédito o con cheques, es decir todo pago pro solvendo.

constante y bien afirmado el de que cuando en la venta de una vivienda de protección oficial se fija un precio superior al límite máximo permitido por la aplicación de los módulos legales, dicha infracción tiene efectos civiles provocando, no la nulidad total del contrato, sino la reducción del precio al máximo legalmente permitido, quedando obligado, por tanto, el vendedor a la devolución del sobreprecio¹⁰⁰.

Estos supuestos suelen incardinarse en el campo de las normas imperativas con eficacia sustitutiva¹⁰¹. A nuestro juicio, siendo correcta esta incardinación, la solución jurisprudencial debe apoyarse en el art. 6.3 CC in fine. Nos encontramos, en efecto, ante un negocio contrario a normas imperativas, del que sin embargo no debe predicarse la nulidad, por aplicación del inciso final del precepto ("salvo que en ellas -las normas imperativas- se establezca un efecto distinto para el caso de contravención"). Este inciso, como es doctrina

¹⁰⁰ Vid. STS 17.4.1978 (Ar 1358); STS 26.2.1983 (Ar 1077); STS 25.5.1983 (Ar 2878); STS 27.11.1984 (Ar 5665); ult. STS 20.6.1985 (Ar 3302); STS 5.9.1985 (Ar 3642); STS 14.1.1985 (Ar 173) y especialmente la STS 5.11.1985 (Ar 5512) que resume la doctrina de nuestro tribunal de casación: "la limitación imperativa del precio que es correlativa a los importantes beneficios a constructores y promotores y que constriñe el libre juego de la voluntad de las partes en extremo tan importante en el contrato de compraventa cual es la determinación del precio, se traduce no en la nulidad total del contrato que redundaría en beneficio del vendedor culpable,... sino en la de la nulidad parcial...".

¹⁰¹ Positivamente las recoge el Derecho italiano en el art. 1419 II del Codice civile. Este efecto ha sido reconocido por nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia: vid, por todos, GORDILLO ADC (1975) p 171.

generalmente admitida, abarca no sólo los supuestos en que la norma prohibitiva ordena expresamente una consecuencia distinta a la nulidad sino también los supuestos en que la finalidad de la norma infringida reclama una sanción diferente a la nulidad¹¹⁰.

En los supuestos de viviendas de protección oficial, resulta evidente que la nulidad del contrato no da satisfacción a la finalidad de las normas que establecen un precio máximo, puesto que de admitir tal consecuencia, y al igual que sucede en el caso de las condiciones generales, el efecto sería que los compradores, por temor a perder la vivienda, no reclamarían en caso de precio excesivo, frustrándose así la voluntad de la ley, que no es sólo que tales viviendas no se vendan a un precio superior al legalmente fijado, sino que se vendan al precio legalmente fijado¹¹¹.

¹¹⁰ Vid. M. AMOROS Art. 6.3 nº 4 en Comentarios a las reformas del Código Civil Vol I Madrid 1975 p 332. En el mismo sentido que el texto, J.TORNOS MAS Precios y tarifas p 316 y STS 17.10.1987 (Ar 7283) donde se recoge la doctrina jurisprudencial más asentada al afirmarse que cuando la norma no prevé expresamente la consecuencia de nulidad "el juzgador (debe entonces) extremar su prudencia en el uso de una facultad hasta cierto punto discrecional (?) analizando para ello la índole y finalidad del precepto legal contrariado... para concluir declarando válido el acto pese a la infracción (si la infracción es leve) y sancionándole con la nulidad si median trascendentales razones que patenticen al acto como gravemente contrario al respeto debido a la ley..." No compartimos, naturalmente, ni que en esta labor haya lugar alguno a la discrecionalidad judicial ni que la declaración de nulidad del contrato dependa de la "gravedad" de la infracción.

¹¹¹ Así tb. GORDILLO ADC (1975) passim p ej. p 196. En palabras del Tribunal Supremo: "la nulidad total acabaría redundando en provecho del infractor y, por otro lado, no debe olvidarse que lo que la ley persigue

Esta incardinación en el 6.3 CC no es gratuita. De acuerdo con la concepción de la nulidad parcial que aquí se ha expuesto, al tratarse de un supuesto de nulidad parcial (o reducción) que viene demandada por la finalidad de la norma que provoca la nulidad del acto de los particulares no se aplican los requisitos que para la nulidad parcial según la voluntad de las partes se han señalado anteriormente. Según veíamos, en los supuestos de nulidad parcial de acuerdo con la voluntad presumible de las partes era necesario que tras la amputación de la parte nula quedase un resto de contrato válido¹¹² y que la nulidad no afectase a un elemento esencial del contrato. En el caso de las normas imperativas-sustitutivas, en la medida en que la ley provee al contrato de tal elemento esencial, ambos requisitos no son necesarios ni exigibles. Por ello, no parece descaminado en estos casos, hablar de integración legal del contrato¹¹³.

La cuestión que queda por resolver es si

con la fijación de ese precio máximo no es entorpecer la celebración de los contratos de compraventa respectivos, sino lograr que las viviendas afectadas entren en el tráfico al precio que la Administración calcula como justo". (STS 17.4.1978 (Ar 1358)). Esta apreciación del Supremo da, a nuestro juicio, exactamente en el centro de la cuestión, como inmediatamente se desprenderá de lo que se afirma en el texto.

¹¹² Como dice KOHLE (NJW (1982) p 2804) el acuerdo sobre el precio no es una parte que pueda separarse lógicamente del resto del contrato.

¹¹³ Así, ROPPO Riv. Dir. Civ. (1971) p 727; Vid. en sentido parecido LACRUZ Elementos p 295: "En tales casos la nulidad parcial es sólo el mecanismo previo para la aplicación incondicionada de la norma ex lege que se impone como contenido preceptivo del contrato". Vid también GORDILLO ADC (1975) pp 187-188.

efectivamente la finalidad de la norma prohibitiva no quedaría mejor servida recurriendo a un expediente distinto a la reducción. Por ejemplo, a una solución similar a la prevista para los contratos con causa ilícita unilateral (1306. 2º CC)¹¹⁴, de manera que el vendedor no recibiría el precio y el comprador podría retener la vivienda. No parece que esta alternativa sea la más correcta. A nuestro juicio, en el caso de las viviendas de protección oficial estamos ante un supuesto de intervención estatal eliminadora del mercado. El precio máximo no es, en realidad, un precio máximo, sino un iustum pretium (no es un precio de mercado)¹¹⁵. El precio de mercado sería probablemente más alto. Esto marca una diferencia radical con la listas de cláusulas prohibidas en materia de condiciones generales, que al señalar qué cláusulas concretas deben considerarse abusivas, establecen, no el contenido de las cláusulas contractuales que al legislador le parece "justo"-contenido que viene determinado por el Derecho dispositivo-, sino el límite para la admisibilidad de

¹¹⁴ De hecho, las normas sobre precios máximos no son eficaces socialmente. Resulta sorprendente que, si bien existen numerosas sentencias sobre exceso de precios en materia de compraventa de viviendas de protección oficial, no las haya en materia de arrendamientos cuando es así que el art. 12 del RD-ley 31/78 establece igualmente un precio máximo también para los arrendamientos de estas viviendas. Las razones de esta ausencia son fáciles de adivinar. Por un lado, la menor cuantía en caso de arrendamiento y, por otro, las innumerables artimañas que las propias agencias inmobiliarias utilizan para impedir al arrendatario la prueba de que se le está exigiendo una renta ilegal.

¹¹⁵ Vid STS 17.4.1978 (Ar 1358): "precio que la Administración calcula como justo".

las condiciones generales, traspasado el cual las cláusulas deben considerarse ineficaces. Esta diferencia ha de ser relevante a los efectos de decidir por qué en este caso cabe la reducción y no -como trataremos de demostrar- en el caso de condiciones generales. Es decir, el Derecho imperativo puede ser utilizado para reducir los actos de los particulares al límite marcado por él cuando tiene -como en el caso de los precios fijados estatalmente en contra del mercado como ocurre con el caso de las viviendas de protección oficial- una función de modelo (Leitbildfunktion)¹¹⁶. Esta función de modelo de regulación viene atribuida habitualmente al Derecho dispositivo, de ahí que se recurra al mismo para sustituir a las cláusulas nulas. El Derecho imperativo marca, normalmente, los límites traspasados los cuales el acto de la autonomía privada no obtiene reconocimiento estatal. Sin embargo, en ocasiones, como ocurre en el supuesto que examinamos, el Derecho imperativo puede cumplir esta función de modelo de regulación y, consecuentemente, desempeñar una función sustitutoria de la cláusula nula. En estos casos, no hay inconveniente en acudir a la regla de las normas imperativas-sustitutivas, y, por tanto, a la reducción de la cláusula ilegal a los límites de la norma imperativa. Puede concluirse, en definitiva que la reducción es una solución adaptada cuando el estándar

¹¹⁶ Esta es la aportación más original de HAGER Gesetzeskonforme pp 134ss, quien, a nuestro juicio, erróneamente extiende tal valor a la lista de cláusulas prohibidas de las leyes de condiciones generales.

legal que se infringe es distinto al que resultaría del libre funcionamiento del mercado. Por ello, según veremos, no cabe extrapolar de este grupo de casos una solución para el caso de las listas de cláusulas prohibidas recogidas en el Derecho de las condiciones generales.

Otros supuestos de reducción por imperativo legal han sido los de los intereses fijados normativamente¹¹⁷ y la limitación de los aumentos de renta en arrendamientos urbanos por sucesivos RR DD¹¹⁸. En estos casos, las cláusulas de actualización no despliegan efectos mas que en la medida en que el aumento resultante de aplicarlas no supere los límites establecidos administrativamente.

b) El segundo grupo de supuestos en los que la contravención de normas imperativas se sanciona con la reducción viene constituido por normas legales que expresamente prevén tal consecuencia.

Ejemplos de este tipo de normas los encontramos en el art. 636 CC en relación con el 654 CC (reducción de donaciones inoficiosas); en el art 817 CC (reducción de las disposiciones testamentarias en general que mengüen la legítima); en el art. 1826 CC (reducción de la obligación del fiador a los límites de la del deudor fiado).

De estos supuestos no parece que pueda extraerse

¹¹⁷ Vid. STS 16.9.1986 (Ar 4710); donde el TS opera con la reducción y señala que la "existencia de un contrato normado permite aplicar la doctrina de la nulidad parcial". Obsérvese que en el caso, el interés legalmente establecido estaba muy por debajo de los intereses de mercado.

¹¹⁸ Vid A. MANZANARES ADC (1982) pp 685-698 y STS 29.11.1977 (Ar 4600).

una regla a favor de la reducción como instrumento general para el tratamiento de cláusulas excesivas. en los dos primeros ejemplos no estamos en materia de contratos sino de testamento, en que la idea de conservación de la validez del negocio está más acentuada que en el contrato. En el caso de la fianza el mantenimiento de la validez del negocio convenientemente reducida parece la consecuencia más acorde con la causa negocial, en cuanto que no cabe pensar que alguien que asume una obligación accesoria desee vincularse por una mayor cuantía que el obligado principal.

c) El tercer grupo de supuestos que aquí interesan son las normas que establecen límites temporales o cuantitativos a contratos celebrados por particulares y el problema es si la superación de dichos límites provoca la nulidad de la estipulación o simplemente la reducción a los límites legales. Son supuestos de este tipo, entre otros:

aa) El art. 400 II CC: Según dicho precepto y como excepción a la regla general establecida en el 400 I CC (cualquier comunero puede pedir en cualquier momento la división de la cosa común) "será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado que no exceda de diez años". La doctrina entiende que éste es un supuesto de reducción de modo que la consecuencia

del exceso será que el pacto valdrá por diez años¹¹⁹. Tal no es, sin embargo, el parecer de la jurisprudencia que ha proclamado que el pacto de indivisión constituye una excepción a la regla general, por lo que exige que se señale en el convenio el tiempo de duración de la indivisión y, por tanto, declara ineficaces los pactos de duración indeterminada, y no admite "que el pacto de duración indefinida se reduzca al máximo de tiempo permitido en virtud de la regla utile per inutile non vitiatur"¹²⁰.

En este supuesto, la ley no ordena expresamente la reducción y esta consecuencia o la nulidad total del pacto de indivisión debe decidirse, a nuestro juicio, de acuerdo con la voluntad presumible de las partes a quienes puede servir también un plazo inferior o serles completamente inservible de acuerdo con el propósito práctico con el que se pactó¹²¹.

bb) El segundo ejemplo que traemos a colación es el

¹¹⁹ Vid. por ej. DE CASTRO Negocio p 492; J. M. MIQUEL Comentarios a los arts 397 ss CC en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por M. ALBALADEJO Tomo V vol. 2º arts. 392-429 Madrid 1985, art. 400 pp 464-465.

¹²⁰ Sobre la ineficacia de los pactos de indivisión de duración indeterminada vid STS 17.5.1958 (Ar 2482): pacto de indivisión mientras viviese un tercero. Nulo por "indefinido".

¹²¹ Correctamente, MIQUEL Comentarios p 464. Contra GULLON "La disolución de la comunidad de bienes" ADC (1964) p 365, pp 379-80): "Es evidente que esta reducción no va en contra de la voluntad de las partes (quien quiere lo más quiere lo menos)". No creemos que GULLON aplique correctamente el aforismo que cita. Es obvio que al interés de las partes puede servir únicamente un plazo de 15 años careciendo de interés uno de 10.

del art. 515 CC, que prohíbe que los usufructos a favor de un pueblo, corporación o sociedad se constituya por un periodo superior a treinta años. Si la finalidad de la norma es evitar vinculaciones de la propiedad perpetuas, dado que las personas jurídicas "no se mueren" ni tienen por qué extinguirse indefectiblemente, no parece haber ningún inconveniente en admitir la reducción al plazo de treinta años, siempre de acuerdo con el propósito práctico perseguido al constituirse el usufructo¹²²

cc) El art. 1508 CC establece que el retracto convencional durará, a falta de pacto expreso, cuatro años desde la fecha del contrato, pero limita la libertad de las partes para fijar dicho plazo prohibiendo que éste exceda de 10 años. Este precepto resulta especialmente interesante en el ámbito de los problemas que estamos tratando, porque no sólo establece un límite máximo para el pacto sino que prevé una regulación supletoria para el caso de inexistencia del mismo. Digamos pues, que hay una regulación "todavía admisible" (10 años) y una regulación "razonable" (4 años). ¿Qué sucederá en caso de que se pacte un plazo de (por ejemplo) doce años? A nuestro juicio, no hay inconveniente en admitir la reducción del plazo a diez años porque aunque el plazo de 12 años no sea eficaz, si

¹²² Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la S 15.4.88 (Ar 3150) donde a una cláusula testamentaria de constitución de un usufructo a favor de un pueblo, "aunque la concesión fue hecha a perpetuidad, legalmente quedó reducida a treinta años a tenor de lo dispuesto en el art. 515 del Código civil".

que es indicio de la voluntad de las partes de "derogar" el derecho dispositivo (plazo de cuatro años). En la medida en que no se aprecia en la ratio de la norma que ésta exija la nulidad de todo el plazo, y que no haya indicios contrarios que permitieran suponer que sólo un plazo de doce años sirve al propósito práctico de las partes, puede admitirse tal solución como la más acorde con la voluntad hipotética de las partes.

dd) Un cuarto supuesto es el recogido en el art. 12 de la ley de sociedades anónimas de 1951, que permite a los fundadores reservarse ventajas particulares siempre que no superen el 10% del beneficio anual y no se establezcan por un periodo superior a 15 años (reducido a 10 en la reforma de 1989). Al respecto, la doctrina ha señalado que la norma tiende a proteger el patrimonio de la SA frente a remuneraciones demasiado generosas a los fundadores, por lo que los pactos que excedan los límites legales son nulos. Sin embargo, entiende que la nulidad debe limitarse al exceso reduciendo la remuneración al límite legal¹²³ y argumenta que tal parece ser la solución más justa ya que la nulidad total dejaría desprovistos a los fundadores de remuneración alguna por los servicios prestados a la SA sobre todo teniendo en cuenta que no siempre es fácil saber a priori si las ventajas que se han reservado superan el límite legal (ventajas en especie o cantidades

¹²³ J. GARRIGUES/M. OLIVENCIA en GARRIGUES/URIA Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas Tomo I Madrid³ 1976 Art. 12 nº 11 p 261. J.M. OTERO LASTRES "Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima" RDM (1978) pp 7-50 pp 36-37.

fijas)¹²⁴. El criterio para decidir la reducción o la nulidad total de las ventajas parece ser, pues, la buena o mala fe de los fundadores¹²⁵. La solución doctrinal parece aceptable puesto que la finalidad de la norma se ve cumplida completamente con la reducción. El límite de la buena fe marca bien el ámbito en el que es legítima la posibilidad de reducir, en cuanto que, con ello se consigue el efecto preventivo y no se hace una atribución de los riesgos (de cálculo equivocado) excesivamente gravosa para los fundadores, pero tampoco intolerable para los accionistas, elementos como veremos, que también se han utilizado en la discusión sobre la reducción conservadora de la validez en el Derecho de las condiciones generales¹²⁶.

ee) Por último, puede incluirse dentro de este grupo los casos de contratos de arrendamiento que establecen que su duración será indefinida. Indefinida no significa, en este contexto, simplemente indeterminada. En caso de que las partes no hayan determinado la duración sería de aplicación el art. 1581 CC como derecho supletorio de la voluntad de las partes. Indefinida significa tanto como perpetua y la jurisprudencia ha declarado los pactos en este sentido

¹²⁴ Vid nota anterior.

¹²⁵ Así OTERO LASTRES RDM (1978) p 37. Igual, el art. 31 LCS que establece la reducción de la póliza y de la prima en caso de sobreseguro y, sin embargo (parr II) ordena la nulidad cuando el sobreseguro fuera doloso.

¹²⁶ Otro supuesto de límite temporal puede verse en el art. 22 LCS, o en el art 72 LSA respecto a la duración del cargo de administrador.

como nulos¹²⁷ por entender que suponen una auténtica desmembración del dominio¹²⁸. Lo que aquí interesa destacar es que el Supremo no ha reducido el plazo sino que ha declarado aplicable el art. 1581 CC cuando no puede deducirse del contrato el plazo que las partes hubieran previsto. La razón puede encontrarse en la ausencia de una prerregulación que sirva como criterio para delimitar el límite máximo legal admisible.

d) Especial atención merecen los supuestos de causa ilícita. Según el 1275 la frase CC dichos contratos "no producen efecto alguno". Sin poder entrar aquí en un análisis detallado de esta complejísima problemática, tanto el tenor literal como la interpretación jurisprudencial abogan por la nulidad total del pacto y no por su reducción¹²⁹.

Un grupo de casos interesante lo suministra la jurisprudencia sobre compraventas que disimulan una donación realizada con la finalidad de defraudar los derechos de los legitimarios. El modelo puede extraerse del caso enjuiciado en la STS 20.10.1961 (Ar 3607): la madre vende mediante un negocio simulado todas sus fincas a uno de sus hijos, para privar así de la legítima a los otros. El Tribunal Supremo, una vez constatado que la venta fue simulada porque no medió precio, señala que al tener la finalidad de perjudicar a los otros hijos, lo cual constituye una causa ilícita

¹²⁷ STS 6.12.1974 (Ar 4560) (que cita otras anteriores) y STS 29.7.1979 (Ar 3320).

¹²⁸ En realidad, además de ese motivo hay otro anterior. La obligación -como es sabido- representa para el deudor una limitación de su libertad, por ello, "tal limitación si fuera perpetua debería ser considerada como contraria al orden público" (DÍEZ-PICAZO Fundamentos I p 523).

¹²⁹ Vid. D. TORRALBA SORIANO "Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del Tribunal Supremo" ADC (1966) pp 661-708.

"la donación encubierta ha de considerarse aún dentro de los límites de la legítima nula e ineficaz a tenor de los arts 1275 y 1276"¹³⁰. Esta solución ha sido criticada por la doctrina¹³¹. En efecto, los negocios simulados carecen de causa y, por tanto, son nulos pero tratándose de una simulación relativa, tras la nulidad "queda a la intemperie el negocio disimulado"¹³², que si tiene una causa lícita y los demás requisitos para su validez, podrá producir efectos. Por lo tanto, en el caso, habría que entender que la donación es válida dentro de los límites del art 636 CC, reduciéndose el exceso¹³³.

El Supremo basa su solución en que hay que distinguir los casos en los que se violan únicamente los derechos de los legitimarios (es decir, los supuestos en que simplemente se hace una donación) de aquellos en los que para ello se simula una compraventa que pretende encubrir la violación de dichos derechos. Los contratantes en este supuesto no sólo pretenderían perjudicar a los legitimarios, sino además, encubrir dicho perjuicio. Es decir, declarando también la nulidad del negocio disimulado, el TS trata de sancionar más vigorosamente los supuestos de donaciones inoficiosas "con disfraz" que las que se realizan abiertamente¹³⁴.

¹³⁰ Jurisprudencia constante. Vid J. VALLET DE GOYTISOLO "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del TS" ADC (1972) pp 670ss esp. 716ss.

¹³¹ Vid nota anterior.

¹³² Por todos, DE CASTRO Negocio p 353.

¹³³ Tal es la solución propugnada por VALLET (ADC (1972) p 723; TORRALBA ADC (1966) p 676 y JORDANO FRAGA Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales pp 206ss

¹³⁴ Según explica Vallet, esta solución se corresponde en parte con la que preveía el Derecho común para las donaciones se et consilio cuando el donatario no era heredero forzoso (VALLET DE GOYTISOLO ADC (1972) p 723) distinción que no quedó recogida en el CC. La solución del Supremo podría venir apoyada por la idea de que la causa del contrato disimulado (la donación) quedaría teñida de ilicitud por la finalidad perseguida: "si el resultado perseguido fue ilícito, el negocio disimulado queda contagiado de ilicitud al incorporarse la causa simulationis a la causa del negocio disimulado (DE CASTRO Negocio p 353). Claro que esta solución conduciría normalmente a la nulidad del negocio disimulado en cuanto que la simulación no se hace normalmente por el simple placer de ocultar el verdadero negocio, sino para evitar la aplicación de las normas propias del negocio disimulado, por lo que tendría normalmente causa ilícita. Si esta solución fuera

La solución doctrinal parece la más aceptable. Si con la simulación se pretendía evitar la aplicación del 636 CC, lo lógico es, descubierta la finalidad, aplicarlo y por tanto, reducir. Ello es lo conforme con el art. 6.4 CC. La postura del Supremo sólo estaría justificada en el caso de que la finalidad de la donación fuera exclusivamente perjudicar a los demás legitimarios y no hubiera ánimo de liberalidad por parte del donante, pero entonces nos moveríamos en el terreno de la simulación absoluta.

e) Dentro de los negocios contrarios a la ley, merecen una especial atención los contratos usurarios, porque representan el supuesto típico donde la reducción de los intereses a una medida admisible se presenta como una alternativa posible a la nulidad total. En efecto, ante un préstamo con intereses anormalmente elevados caben básicamente dos opciones. La primera es que el juez los reduzca hasta un nivel aceptable¹³⁵. Aquí caben todavía varias posibilidades: así el juez puede reducirlos hasta el nivel en el que el préstamo dejara de ser usurario, o bien hasta el nivel de mercado para préstamos semejantes, o bien al interés legal. La segunda alternativa es declarar nulo el préstamo en su totalidad, de modo que entraría en aplicación el art. 1306 CC. Esto significaría que el usurero no puede exigir prestación alguna o ha de devolverla si ya la ha

correcta, nos encontraríamos con una donación nula por causa ilícita, y dado que la causa "torpe" afecta a ambos contratantes, procedería negar acción a cualquiera de las partes para exigir la restitución de los prestaciones, esto es, procedería el mantenimiento de la donación, lo cual, naturalmente sería absolutamente contraproducente.

¹³⁵ Esta es la solución consagrada en el Derecho francés (Art 5. ley 28.12.66) y en el italiano (art. 1815 Codice Civile) y era la prevista en el Derecho romano (D 22.1.29). La jurisprudencia alemana, sin embargo, niega al usurero cualquier interés (vid nota siguiente).

recibido (esto es, no puede exigir interés alguno, ya que en esto consiste la prestación del prestatario)¹³⁶.

La ley de Usura consagra precisamente esta segunda solución en su art. 3 cuando establece que "declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan sólo la suma recibida y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado".

La única cuestión dudosa es si el prestatario ha de devolver inmediatamente el préstamo o puede conservarlo hasta el vencimiento pactado, es decir, si el prestatario queda en la misma posición que si el contrato fuese válido. La segunda respuesta podría apoyarse en que, de otro modo, la finalidad de la norma que explicamos inmediatamente no se ve completamente satisfecha en cuanto que se provocaría nuevamente un "déficit de aplicación" porque ante la posibilidad de tener que devolver inmediatamente el préstamo no cualquier prestatario reclamaría la nulidad del mismo. Ahora bien, es difícil de justificar. En primer lugar, porque el contratante que ha actuado "torpemente" no puede repetir lo que ha dado, pero no está obligado a seguir cumpliendo -que es lo que significaría imponerle esperar hasta el final del periodo pactado para exigir la devolución del capital-. En segundo lugar, el déficit de aplicación puede eliminarse fácilmente. Basta con que el prestatario espere hasta el final del periodo pactado para alegar el carácter usurario.

Esta nulidad "personal" se justifica con mejores argumentos que la reducción. En efecto, el usurero debe saber que cuando realiza contratos de este tipo asume el riesgo de que se declare nulo y no reciba interés alguno. Si pudiera recibir los intereses usuales, no

¹³⁶ Es decir, en el tenor del 1306, el usurero no puede repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato. En el préstamo lo que el prestamista "da" es el goce del capital durante un periodo de tiempo (vid TIEDTKE ZIP (1987) p 1093). El hecho de que el contrato sea real parece irrelevante.

tendría estímulo alguno para dejar de llevar a cabo contratos de este tipo, porque en el peor de los casos (en el mejor, el prestatario no denuncia la nulidad) recibiría los intereses normales.

La solución está justificada también comparando este supuesto con el de los arrendamientos y ventas de viviendas de protección oficial. La doctrina alemana ha considerado que existe una contradicción de valoración cuando se permite la reducción en estos casos y no en el caso de la usura. A nuestro juicio, y haciendo la salvedad de que el problema no se plantea en los mismos términos, no hay tal contradicción de valoración. Como veíamos, en el caso de las VPO el precio fijado legalmente es un "precio justo", contrario al mercado, por lo que puede admitirse que el Derecho imperativo tenga una función de modelo. En el caso de la usura, la regulación imperativa combate específicamente aquellos contratos celebrados fuera de las condiciones del mercado, habiéndose podido celebrar el mismo en dichas condiciones. Podría decirse, por tanto, que mientras que el que cobra una renta o un precio excesivo actúa "en el mercado", el que presta dinero a interés usurario actúa "fuera del mercado" con lo que existe una diferencia valorativa que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer las consecuencias. El supuesto es parecido al que exponíamos en el cap 1 al explicar por qué no es posible aplicar las normas sobre vicios del consentimiento a las condiciones generales. Aquél que ha sido víctima de un usurero debe ser liberado del contrato para que, ya libre, pueda decidir si solicita el crédito o no y seleccionar las condiciones entre las existentes en el mercado, ya que con su elección contribuye a configurar los precios de mercado. En el caso de las viviendas de protección oficial, aunque declararíamos nulo el contrato, el comprador no podría obtener dicha vivienda al precio fijado legalmente en el mercado, porque, según hemos visto, el precio de mercado es superior y, por otra parte, tampoco contribuiría a formar los precios del mercado, puesto que en tal sector, el mercado no funciona y ha sido sustituido por las disposiciones estatales.

Aquí interesa destacar que en estos supuestos la reducción no es una alternativa defendible fundamentalmente por la finalidad preventiva y sancionadora que tiene la legislación de represión de la usura.

6. Del análisis efectuado pueden extraerse algunas conclusiones respecto a la admisibilidad del recurso a la reducción. De esta forma, nos será posible decidir si puede utilizarse este procedimiento en el tratamiento de cláusulas abusivas de condiciones generales.

A nuestro juicio, los ejemplos expuestos demuestran que la reducción no es sino una técnica de aplicación de la doctrina de la nulidad parcial, y, por lo tanto, no puede ser utilizada, sin más, para resolver cualquier tipo de contradicción entre un pacto contractual y una norma imperativa, sino que su aplicación depende de que se cumplan los presupuestos de la nulidad parcial, tanto en lo que hace a los grupos de casos en los que esta institución es aplicable, como a los requisitos previos para su aplicación.

a) En lo que hace a los grupos de casos, según hemos visto, la posibilidad de acudir a la nulidad parcial -y, por tanto, a la reducción- depende de la finalidad de la norma que provoca la nulidad y, subsidiariamente de la voluntad presumible de las partes. Consiguientemente, la reducción es admisible en dos grupos de casos:

aa) En primer lugar, cuando el Derecho imperativo infringido por la cláusula contractual tiene función de modelo (Leitbildfunktion: normas imperativas-sustitutivas o derecho imperativo con función de modelo), es decir, cuando representa la regulación que el legislador considera deseable, y no sólo el límite de la autonomía privada. Efectivamente, en tal caso, la

reducción viene exigida por la finalidad de la norma imperativa que provoca la nulidad (ex art. 6.3 CC in fine) según se ha detallado sobre la base del ejemplo de los precios ilegales en viviendas de protección oficial.

bb) En segundo lugar, la reducción es, también, la solución adecuada cuando la finalidad de la norma imperativa infringida se ve satisfecha sin necesidad de declarar la nulidad total de la cláusula infractora y su conservación en el mayor grado posible viene exigida por el respeto a la autonomía privada, según se ha visto al hilo de los ejemplos extraídos del Código civil.

b) También de acuerdo con las reglas de la nulidad parcial, en lo que hace a los presupuestos de aplicación, y a salvo de los supuestos de normas imperativas-sustitutivas, la parte nula ha de ser separable, lo que en el ámbito de cláusulas excesivas o indiferenciadas, esto es, en el ámbito de la reducción, significa que ha de tratarse de un pacto "reducible" y que ha de ser posible determinar con nitidez la medida de la reducción, esto es, el quantum excesivo o la parte de la cláusula que ha de ser tachada (dicho al revés, la parte de la cláusula que permanecería válida).

A continuación nos ocupamos de ambos problemas en el ámbito de las condiciones generales procediendo a la inversa en su exposición. En primer lugar, examinaremos si cualquier condición general es susceptible de reducción y si es posible determinar el nivel o la

medida de la reducción. En segundo lugar, trataremos de decidir si estamos ante alguno de los dos grupos de casos expuestos o, dicho de otro modo, si la naturaleza de las condiciones generales y la finalidad de las normas que provocan la nulidad permiten la aplicación de la reducción. Tendremos ocasión de comprobar que, en el caso de contradicción entre una condición general y las normas de control de contenido no estamos en ninguno de ambos grupos de casos, ni se cumplen en todos los casos los dos presupuestos citados. por lo que la reducción es inadmisibile¹³⁷.

7. En lo que hace a la primera cuestión planteada, la respuesta no ofrece dudas: no cualquier cláusula abusiva puede reducirse a límites admisibles legalmente.

a) Para ello es necesario, en primer lugar, que sean divisibles mentalmente en una parte eficaz y otra ineficaz¹³⁸. Esto no sucede en todos los supuestos de cláusulas de condiciones generales ineficaces. Así, no es posible dividir las, ni siquiera mentalmente, en los casos en que la cláusula no contiene mas que un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. Además, la divisibilidad es irrelevante en aquellos casos en que todas las partes en que podría dividirse la cláusula mentalmente resultaran ineficaces¹³⁹.

¹³⁷ Contra, entre nosotros, admitiendo la reducción, señalando que se trata de una conversión de la cláusula, JORDANO FRAGA RDM (1984) p 701.

¹³⁸ Vid SCHMIDT Vertragsfolgen p 124 e ibi más indicaciones.

¹³⁹ Vid E. SCHMIDT JA (1980) p 404.

Así tomando como base la lista de cláusulas prohibidas contenida en el AP y en la LCU podemos deducir que sólo algunas de las cláusulas abusivas en ellas recogidas son divisibles y, por tanto susceptibles de reducción. Son divisibles:

a) Las cláusulas que establecen plazos. Art. 9 AP: Plazo excesivamente largo para aceptar o rechazar una oferta contractual. Art. 11 II AP: cláusulas que prevén que un contrato de duración indeterminada pueda resolverse transcurrido un plazo no razonable desde la celebración o con un plazo no equitativo de preaviso. Art. 11 III AP: cláusulas que exigen un plazo no razonable de preaviso para la denuncia del contrato por el adherente o que lo consideren prorrogado por un periodo excesivo en el caso de que no se denuncien tempestivamente por el adherente.

b) Las cláusulas que imponen obligaciones o cargas desproporcionadas al adherente: Art. 17 AP: Cláusulas que exigen garantías personales o reales desproporcionadas en relación con el riesgo asumido por el prestamista; art. 18 in fine AP: cláusulas que condicionan la reparación o sustitución de la cosa defectuosa al pago de la totalidad de la prestación o de una parte de ésta desproporcionadamente alta en relación con el defecto. Art. 21 I AP cláusulas que imponen una indemnización por incumplimiento no razonable.

En estos dos grupos de supuestos, la divisibilidad se deduce del hecho de que el carácter abusivo de la cláusula viene dado por ser cuantitativamente excesivas, no porque no fuera posible configurar un contenido de este tipo válidamente. Es decir, no es abusivo que un prestamista exija garantías al prestatario, sino que éstas no sean proporcionadas al riesgo asumido.

c) Cláusulas genéricas, esto es, cuyo tenor literal recoge varios supuestos de hecho o consecuencias jurídicas legales. Art. 20 AP: cláusulas de exclusión de responsabilidad genéricas que excluyen la responsabilidad por dolo y culpa grave así como la responsabilidad por culpa leve.

No son divisibles y, por tanto, reducibles sin embargo, muchas otras cláusulas abusivas. Así, las cláusulas que reservan al predisponente la facultad de interpretar el contrato (art. 9 II AP), las que permiten decidir sobre la identidad o integridad del pago (art. 10 AP), las que le otorgan la facultad de modificar la prestación (art. 10 AP) las que permiten al predisponente resolver el contrato (Art. 11 I AP; 10.1 c) 20 LCU))¹⁴⁰; la privación de las acciones edilicias

¹⁴⁰ Para evitar confusiones debe recordarse que en este supuesto, cada uno de los casos en los que el predisponente puede resolver, constituye una cláusula en sentido material. Ahora bien, una vez determinadas las cláusulas en sentido material que la regulación sobre la

sin sustitución por un derecho a la reparación (art. 18 AP); la atribución de ciertos gastos al comprador (Art. 19 AP y 10.1.c) 11º LCU), la presunción iuris et de iure de daños por incumplimiento (art. 21 AP), la alteración de las reglas de la competencia judicial (art. 22 AP) o de la carga de la prueba (art. 22 AP y 10.1.c) 8º LCU), la asignación al adherente de riesgos que no entran en su esfera de responsabilidad (art. 24 AP), la imposición de formalidades excesivas en las comunicaciones (Art. 25 I AP)¹⁴¹; o las cláusulas que establecen un lugar

resolución contiene, cada una de ellas resulta indivisible.

¹⁴¹ Este último supuesto es dudoso. Según el art. 25 AP son ineficaces las cláusulas que exijan que las declaraciones o comunicaciones que el adherente tenga que hacer a la otra parte contratante o a un tercero deban cumplir requisitos formales o de envío más rigurosos que la forma escrita o la carta certificada respectivamente. El supuesto se planteó en el caso resuelto por la S LG Hamburgo 16.10.1985 NJW (1986) pp 262-263. Se trataba de un contrato de Fit-training o cursillo de gimnasia y mantenimiento. La duración del mismo establecida en el contrato era de 19 meses prorrogables por un año tácitamente, esto es, salvo que el cliente denunciara el contrato transcurrido el periodo de 19 meses. La denuncia debía hacerse mediante carta certificada. El cliente denunció el contrato mediante un comportamiento concluyente (dejó de asistir). El predisponente reclamó el pago de las mensualidades correspondientes a los 19 meses de duración más los doce de prórroga porque el cliente no había denunciado el contrato en forma por lo que había que considerarlo prorrogado.

La cuestión era, por tanto, determinar si siendo nula la cláusula que exigía la carta certificada, para denunciar el contrato válidamente era necesaria la forma escrita o bastaba cualquier otra forma de manifestación de su voluntad de hacerlo. En el fondo hay dos problemas: 1º si es posible considerar que la forma escrita constituye una "versión reducida" de la cláusula que exigía la carta certificada y 2º si tal reducción es admisible. Aquí sólo nos ocupamos de la primera. En general, la respuesta es negativa. Este tipo de cláusulas no puede reducirse porque la forma escrita no constituye un minus sino algo distinto respecto a la carta certificada, respuesta dada incluso por partidarios de la admisibilidad de la reducción (KÖTZ NJW (1979) p 787). Genéricamente, la respuesta es correcta, en cuanto no siempre es posible establecer una jerarquía de mayor a menor formalidad exigible (por ej. ¿es más formal un telegrama que una carta certificada?), jerarquía que es imprescindible para poder reducir la cláusula. sin embargo, entre una carta certificada y una carta normal, la relación de mayor a menor formalidad es clara. Por lo tanto, debe admitirse la divisibilidad de

distinto al domicilio del cliente consignado en el contrato para dichas comunicaciones (art. 25 AP); las cláusulas que imponen la adquisición de bienes o la contratación de servicios no solicitados (art. 10.1 c) 12º LCU).

La reducción tampoco es un instrumento adecuado para los casos en los que para adaptar la cláusula a la legalidad es necesario ampliar los derechos del cliente. Por ejemplo en caso de que se establezca un plazo para reclamar los vicios ocultos inferior al legal. En estos casos, la intervención del juez no se limita a reducir el alcance de la cláusula, sino que al declarar aplicable, por ej. el plazo legal de garantía, declara absolutamente ineficaz la cláusula en cuestión¹⁴².

Por último, la reducción tampoco es aplicable a los supuestos en que determinadas condiciones generales no quedan incorporadas al contrato por haberse incumplido los requisitos de inclusión¹⁴³.

La conclusión es, por tanto, que la reducción como

la cláusula. Independientemente de que como luego veremos, la reducción no sea un instrumento legítimo. Aquí sólo enjuiciamos la mera posibilidad de su empleo. El tribunal consideró que el cliente no había denunciado válidamente el contrato al no haberlo hecho por escrito. Probablemente existía un problema previo: decidir si la actuación del sujeto -suponiendo que no hubiese regulación contractual al respecto- podía considerarse como una declaración de voluntad de denuncia.

¹⁴² Vid. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 124; HAGER Gesetzeskonforme p 170, 201. KÖTZ NJW (1979) p 788. Vid art. 18 AP donde se exige al predisponente que quiere modificar la responsabilidad legal por vicios ocultos que haga referencia expresa al derecho a la reparación.

¹⁴³ H. SCHMIDT Vertragsfolgen 124-125; HAGER Gesetzeskonforme 170; WITTE Inhaltskontrolle p 228.

técnica de aplicación de la nulidad parcial no puede aplicarse con carácter general a todas las condiciones generales, puesto que no todas son reducibles.

Suele añadirse que, dado que la reducción evita la existencia de una laguna, su admisibilidad provocaría que las consecuencias de la nulidad previstas legalmente (10.4 II LCU, Art. 27 AP) quedaran obsoletas, puesto que sólo se aplicarían en los supuestos de cláusulas abusivas que sean irreducibles o indivisibles¹⁴⁴. Pero de lo expuesto se deducirá que tal apreciación no es correcta ya que, al aplicar la reducción estamos aplicando los preceptos citados, puesto que como hemos repetido, la reducción no es sino una técnica de la nulidad parcial.

8. El segundo presupuesto para la aplicación de la reducción es, según hemos visto, que pueda establecerse de modo preciso en qué medida ha de reducirse la cláusula para que ésta sea "conforme con la buena fe" (art. 10.1 c) LCU). Señalábamos también que en el caso de las normas imperativas-sustitutivas la misma norma violada por la regla contractual establece la consecuencia jurídica y en esta medida se desvía de lo previsto en el art. 6.3 CC que prescribe la nulidad del pacto como regla general, en virtud de la excepción a dicha regla contenida al final de dicho precepto. A esta regulación que sirve de medida para delimitar el ámbito de la reducción se le ha denominado prerregulación o regulación previa (Vorregelung)¹⁴⁵. En el caso de las

¹⁴⁴ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 145; E. SCHMIDT JA (1980) p 404.

¹⁴⁵ La expresión "Vorregelung" ha tomado carta de naturaleza en la doctrina alemana merced a la obra de J. HAGER Gesetzeskonforme p 74, 197ss). Según este autor, la regulación contractual conforme a la ley, en los supuestos de negocios que exceden los límites legales, y para corregir dicho exceso, puede obtenerse, en primer lugar, del propio negocio jurídico, cuando sólo una

condiciones generales, la regulación previa que permitiría determinar la regulación contractual conforme con la ley vendría dada por la lista de cláusulas prohibidas¹⁴⁶.

Pues bien, en el ámbito de las condiciones generales, dicha prerregulación presenta una limitación clara y una objeción de fondo que reducen

parte del mismo es nula (p 197). También se obtiene la regulación sustitutiva del propio negocio cuando las partes han previsto expresamente la misma para el caso de que la cláusula fuere nula. En segundo lugar, la regulación previa puede venir suministrada tanto por el Derecho dispositivo como por el Derecho imperativo. En esto consiste la aportación de Hager, en atribuir al Derecho imperativo una Leitbildfunktion que tradicionalmente venía asignada en exclusiva al Derecho dispositivo. Esta apreciación es importante, según veremos, a los efectos de integración del contrato. Si el Derecho imperativo, en determinados supuestos, tiene función de modelo de regulación, será posible utilizarlo para sustituir a las cláusulas de condiciones generales ineficaces. Así ocurre en las llamadas normas imperativas-sustitutivas. (Vid supra en el texto las referencias en el comentario a la legislación de viviendas de protección oficial). Un ejemplo de la existencia de dos prerregulaciones puede extraerse del art. 1508 CC, que ya ha sido analizado en el texto. Según este precepto, el plazo para el ejercicio del retracto convencional en la compraventa es "a falta de pacto" de cuatro años a partir de la fecha del contrato pero "en caso de estipulación, el plazo no podrá exceder de 10 años".

¹⁴⁶ HAGER Gesetzeskonforme p 201. Así, por ej. el § 11.12 a) de la ley alemana establece que son ineficaces las cláusulas que vinculan al adherente al contrato por un periodo superior a dos años sin posibilidad de denuncia. Con ello, una cláusula que estableciera un periodo de vinculación de tres podría reducirse y la "regulación contractual conforme con la ley" sería de dos años. Si el art. 20 AP afirma que son nulas las exenciones de responsabilidad por dolo o culpa grave, la reducción de una cláusula genérica de exención de responsabilidad la convertiría en una cláusula de exención de responsabilidad por culpa leve. Esta es la que marcaría el nivel de reducción. Si no admitimos que la reducción debe realizarse de acuerdo con la lista de cláusulas prohibidas, entonces es imposible diferenciar la reducción del recurso al Derecho dispositivo para integrar el contrato.

considerablemente, si no la eliminan por completo, la viabilidad de la reducción.

a) La legislación de condiciones generales en nuestro país no contiene una lista de cláusulas prohibidas que pueda utilizarse como parámetro para decidir el nivel de la reducción, puesto que si se examina la lista contenida en el art. 10.1. c) LCU, se observa que, en realidad, no se trata de prohibiciones concretas sino -en su mayoría- de pequeñas "cláusulas generales" que no suministran al juez mas que directivas que él mismo ha de actualizar.

Así, por ejemplo, el art. 10.1 c) 3º LCU contiene una nueva definición de cláusula abusiva; el 4º prohíbe genéricamente "las condiciones abusivas de crédito"; el 6º "las limitaciones absolutas de responsabilidad"... Y una de las pocas que establece una prohibición concreta (nº 11) provoca necesariamente la aplicación del Derecho imperativo (en viviendas de protección oficial) o del Derecho dispositivo ("gastos que por su naturaleza corresponden al vendedor"), con lo que carece de sentido pensar en otras alternativas.

Por lo tanto, podemos concluir que en nuestro Derecho no existe, en la legislación de condiciones generales, una prerregulación en sentido estricto¹⁴⁷, por lo que la reducción sólo podría realizarse acudiendo al Derecho imperativo general¹⁴⁸.

¹⁴⁷ La conclusión es muy parecida si examinamos el articulado del AP. A diferencia de la legislación alemana, el AP no ha establecido tampoco límites concretos, sino que se remite a estándares jurídicos: así el art. 9 I habla de un plazo "excesivamente largo"; el 10 in fine de "razón objetivamente justificada"; el 11 II de "plazo razonable ...equitativo"; el 17 de garantías "desproporcionadas"...

¹⁴⁸ P. ej. el art. 1102 CC respecto a las exclusiones de responsabilidad, pero, según hemos repetido, éste no tiene con carácter general función de modelo de regulación, por lo que, no puede utilizarse para integrar contratos con condiciones generales

b) Además, hay un argumento de fondo mucho más importante contra la idea de que las listas de cláusulas prohibidas contengan una prerregulación que permitiría determinar con nitidez el quantum de la reducción. Este argumento se analizará a continuación cuando exponamos por qué el supuesto de las condiciones generales no es enmarcable en ninguno de los dos grupos de casos en los que el recurso a la reducción es, según hemos visto, perfectamente admisible.

Según se ha señalado, la reducción es de aplicación en los supuestos en los que la norma imperativa infringida tenga función de modelo y en aquellos en que la norma infringida no imponga una consecuencia diferente y la reducción sea la más coherente con la voluntad presumible de las partes. Pues bien, en el ámbito de las condiciones generales abusivas, ni las listas de cláusulas prohibidas, ni el derecho imperativo, en general, tienen dicha función de modelo, ni la finalidad de las normas de control del contenido permiten el recurso a la reducción si se pretende salvaguardar su integridad frente al acto del particular que las ha infringido. Los próximos apartados se ocupan de argumentar estas afirmaciones.

9. Las listas de cláusulas prohibidas no contienen la regulación que el legislador considera como modelo sino estándares mínimos de corrección¹⁴⁹. En efecto, como normalmente sucede con el Derecho imperativo, estas listas no tienen la función de dibujar la regulación que el legislador considera razonable, sino simplemente

ineficaces.

¹⁴⁹ Así, E. SCHMIDT JA (1980) p 404.

marcar límites de validez a los particulares.

Esto significa, en otras palabras, que cuando -por ejemplo- en el AP se establece que no puede excluirse válidamente la responsabilidad por dolo o culpa grave (art. 20), lo único que se afirma es que tal exclusión de responsabilidad es ineficaz, no que cualquier exclusión de responsabilidad por culpa leve sea válida¹⁵⁰. Y es que el control no termina ni viene delimitado por la lista de cláusulas prohibidas. Estas son una concreción de la cláusula general y por tanto, están construidas como un numerus apertus¹⁵¹. El juez que se enfrenta a una cláusula eventualmente abusiva, tras haber descartado que se encuentre entre alguno de los supuestos de la lista, deberá examinarla a la luz de la cláusula general, que puede provocar la ineficacia incluso de simples exclusiones de la responsabilidad por culpa leve¹⁵². La lista de cláusulas prohibidas no tiene, por tanto, función directiva o de modelo, lo que distingue estas normas claramente de las "imperativas-

¹⁵⁰ Como dice Ulmer (NJW 1981 p 2029) dichos preceptos contienen "den jedenfalls unangemessenen Bereich und bringen nicht etwa zum Ausdruck, dass AGB die diese Schranken nicht überschreiten, stets einen angemessenen Interessenausgleich enthalten".

¹⁵¹ Vid. expresamente el art. 10.1 c) "lo que entre otras cosas excluye".

¹⁵² Frente a esta objeción no puede alegarse como hace HAGER (Gesetzeskonforme p 201) que el que la lista contenga simplemente unos estándares mínimos y no un modelo de regulación es un fallo del legislador que, por tanto, no puede ser corregido por el intérprete, porque la función de dichas normas no es la que pretende Hager (servir de regulación sustitutiva) sino únicamente establecer supuestos concretos de abusividad. En sentido parecido a Hager, KÖTZ NJW (1979) p 788.

sustitutivas". Consiguientemente, no es sólo que no pueda recurrirse a dicha lista para determinar el quantum de la reducción, sino que el mismo viene dado por el juego combinado de la lista y de la cláusula general de la buena fe. La reducción conservadora de la validez, al pretender recurrir en exclusiva a la lista de cláusulas prohibidas -y al Derecho imperativo general- para determinar el ámbito de la reducción, convierte a los tribunales en "procuradores" de los predisponentes¹⁵³.

Con el Derecho alemán y el proyectado español -y en el fondo también con la LCU- puede argumentarse, en efecto que si el legislador ha previsto como regulación sustitutoria de las cláusulas abusivas una regulación "justa" (el derecho dispositivo AGBG § 6 II AP Art. 27), si el objetivo del control es sustituir una regulación abusiva por una regulación justa¹⁵⁴, y se concreta dicha regulación en la prevista en el Derecho dispositivo, resulta incongruente admitir la reducción que, precisamente conduce a resultados diferentes a la aplicación del Derecho dispositivo.

En efecto, como se reconoce comunmente¹⁵⁵, la reducción lleva a que el contrato quede configurado

¹⁵³ Este es, en definitiva, el llamado "Sachwalterargument". La reducción convierte a los tribunales en personal al servicio de los predisponentes, atribuyéndoles una tarea que no es la suya: no es tarea de los tribunales de justicia encontrar la configuración de las condiciones generales (abusivas) que dentro de lo admisible legalmente favorezca más al predisponente. Así BGH 19.9.1983 (NJW 1984 p 49) recogido por la doctrina mayoritaria. Lo destaca especialmente P. STROBEL Nota a S. LG Constanza 19.12.1980 BB (1981) p 1424.

¹⁵⁴ BUNTE NJW (1987) p 927.

¹⁵⁵ Vid. ULMER NJW (1981) p 2027; BUNTE NJW (1984) p 1148.

según lo que "todavía es admisible legalmente"¹⁵⁶, en cuanto que los criterios sobre la amplitud de la reducción vienen determinados por las listas de cláusulas prohibidas o por el Derecho imperativo general, que como se ha señalado no contienen "el programa" del legislador, sino únicamente estándares mínimos que facilitan al juez la aplicación de la norma y al predisponente la redacción de las condiciones

¹⁵⁶ Vid HAGER Gesetzeskonforme p 200; KÖTZ NJW (1979) p 789 entre los partidarios de la reducción. Recientemente, ROTH (JZ (1989) p 418) se muestra partidario de la reducción entendiendo que ésta no debe realizarse a lo "todavía admisible", sino a lo equilibrado (angemessen) de acuerdo con la cláusula general de buena fe. Lo que sucede entonces es que la cuestión de la legitimidad de la reducción se convierte en un problema puramente nominal, por dos tipos de razones. En primer lugar, porque con la reducción se pretendía precisamente salvar en lo admisible legalmente la regulación establecida por el predisponente, con lo que si no hay que acudir a lo "todavía admisible" sino a una valoración equilibrada estamos privando de significación específica a la reducción en relación con la integración y la interpretación integradora. En segundo lugar, porque si hay derecho dispositivo y se "reduce" la cláusula al derecho dispositivo, en realidad no estamos reduciendo sino aplicando el Derecho dispositivo; y si no hay derecho dispositivo y reducimos a lo usual, tampoco estamos reduciendo, sino aplicando el uso, y si tampoco existe uso pero se observa la necesidad de la regulación del supuesto concreto (garantías excesivas, por ejemplo) aunque la regulación establecida por el predisponente sea nula, entonces, no estamos reduciendo sino haciendo una interpretación integradora o integración del contrato conforme con la buena fe. Es decir, que en todo caso, estamos no aplicando la cláusula de condiciones generales sino normas jurídicas que no proceden del predisponente. El intento de Roth, por tanto, de "resucitar" la reducción no nos parece de recibo porque sólo provocaría confusión terminológica. En sentido similar a Roth, negando cualquier relevancia práctica al recurso a la reducción o a la interpretación integradora pero rechazando -a diferencia de Roth- el recurso a cualquiera de éstas., D. COESTER-WALTJEN "Inhaltskontrolle von AGB-geltungserhaltende Reduktion - ergänzende Vertragsauslegung". Jura (1988) pp 113-116 esp. pp 115-116.

generales.

Este resultado es incompatible con la finalidad del control individual de sustituir las cláusulas abusivas por una regulación justa (el derecho dispositivo).

Por último, la idea de utilizar la lista de cláusulas prohibidas como la regulación previa que permite determinar el nivel de la reducción lleva a una contradicción valorativa. Si la reducción es sólo admisible cuando existe dicha regulación previa o modelo, tendríamos que sólo podrían reducirse las cláusulas contrarias a alguna de las prohibiciones contenidas en las listas, pero no las cláusulas que fueran contrarias a la cláusula general de buena fe, lo que resulta intolerable porque supone tratar de manera diferente supuestos análogos¹⁵⁷.

11. La finalidad de las normas que provocan la nulidad hace inadmisibile el recurso a la reducción como procedimiento de aplicación de la nulidad parcial. La integridad de la norma que provoca la nulidad de las condiciones generales abusivas (las normas de control del contenido) exige que se declaren absolutamente nulas y no sólo que se reduzcan. A ello se añaden, además, argumentos literales y procesales.

a) A nuestro juicio, la inadmisibilidad de la reducción en materia de condiciones generales se explica perfectamente desde el fundamento de la validez de las mismas y desde el sentido de las normas de control. La validez de las condiciones generales -según hemos visto- no se funda en la libertad contractual del adherente

¹⁵⁷ ULMER NJW (1981) p 2029. Lo que obviamente no puede contestarse afirmando que la inseguridad respecto a la medida de la regulación ha de soportarla el cliente porque "sie liegt in der Formulierung des Gesetzes begründet" (LOCHER Das Recht p 60), cuando es claro que la finalidad de la ley no es establecer normas imperativas-sustitutivas sino estándares más o menos concretos para determinar la nulidad.

sino que depende, según vimos, de que el contenido de las mismas sea remitible a una norma que de por sí pueda pretender validez. Precisamente por ello, la falta de reconocimiento de efectos vinculantes -nulidad de las condiciones generales- no constituye en absoluto una sanción, sino la atribución correcta de los riesgos derivados de la utilización de las condiciones generales. No estamos tratando de compaginar autonomía privada con normativa imperativa del Estado, como ocurre en los supuestos de nulidad parcial en un contrato individual. No hay un conflicto de intereses que deba resolverse limitando en lo posible los efectos "destructores" de las normas imperativas sobre los actos autónomo-privados.

Al realizar el control del contenido no estamos determinando si las condiciones generales y el Derecho estatal son compatibles, sino si el contenido de la condición general coincide con el de la regla que el ordenamiento ha dado o daría. Al reducirse la cláusula, la regulación obtenida no es tampoco remitible a una norma del ordenamiento, sino simplemente compatible con el ordenamiento, por lo que tampoco estaríamos ante una cláusula válida desde el punto de vista de la cláusula general de la buena fe. Por lo tanto, lo lógico es simplemente constatar que la cláusula no es remitible a una norma del ordenamiento, y por tanto, negar reconocimiento a las condiciones generales. En definitiva, no es la nulidad total lo que habría que

justificar, sino la reducción^{15a}.

b) En segundo lugar, puede argumentarse desde los principios recogidos en los requisitos de inclusión en el sentido siguiente: las cláusulas parcialmente ineficaces no cumplen con el requisito de transparencia exigible a las condiciones generales. Como hemos señalado, dicho requisito se encuentra recogido en varios preceptos de la LCU (ad ex. art. 10.1 a), 10.2. II) y del mismo se deduce que el predisponente debe proporcionar al cliente una información completa (

^{15a} Vid. LINDACHER BB (1983) p 154 y 156. contra NEUMANN Reduktion p 73 con indicaciones de la doctrina mayoritaria en nota 240. La reducción conservadora de la validez puede ser perfectamente admisible -como técnica de aplicación de la nulidad parcial- y, como hemos expuesto al hilo de los ejemplos extraídos del Código civil- en el ámbito de los contratos individuales en la medida en que, dándose plena efectividad a la normativa imperativa que provoca la nulidad, no hay razón alguna para eliminar completamente un acto autónomo llevado a cabo por los particulares, ya que dichos actos están protegidos por el ordenamiento. Neumann afirma que la distinción entre contratos individuales y condiciones generales a los efectos de decidir sobre la admisibilidad de la reducción, que utiliza- correctamente a nuestro juicio- Lindacher, no es de recibo porque "aunque se pueda constatar quizá que psicológicamente la conformidad del cliente con una cláusula de condiciones generales es menos <<intensiva>> que con una negociada individualmente... jurídicamente no existe diferencia alguna, ya que en tanto se hayan cumplido los requisitos de inclusión... y especialmente la conformidad negocial del cliente, las condiciones generales constituyen partes de la declaración de voluntad del cliente y con ello del contrato perfectas". Que esta afirmación no es correcta se comprueba simplemente examinando las normas de control del contenido. Si las condiciones generales son iguales que los acuerdos individuales, una vez que se han incorporado al contrato ¿con qué legitimidad puede un juez declararlas nulas?. ¿podría hacer lo mismo el juez con un acuerdo individual? ¿por qué el legislador permite en un caso el control del contenido y en el otro no?. Obviamente unos y otras no son idénticos. Los efectos prácticos de la posición que se adopta respecto al fundamento de la validez de las condiciones generales son, así, evidentes.

art.10.1 a)) y comprensible (arts. 10.1 a; 10.2 II; 10.1 c) 1º, 5º...) sobre sus derechos y obligaciones. Dicha información debe suministrarse en el momento de la celebración del contrato (art. 10.1 a) LCU) y no en la fase procesal.

Así, se afirma, las cláusulas ineficaces no proporcionan información alguna al cliente¹⁵⁹, puesto que sus derechos y obligaciones no están en la cláusula sino en la ley. En definitiva, se habla de una transparencia por eficacia (Wirksamkeitstransparenz), según la cual, sólo son transparentes las cláusulas eficaces, porque sólo ellas reflejan realmente los derechos del cliente¹⁶⁰. Por tanto, las cláusulas que contienen una parte eficaz y una parte nula atentan contra la exigencia de transparencia en cuanto no informan al cliente de sus derechos y obligaciones reales, ya que las mismas sólo son eficaces en parte (y en esa parte son transparentes). La reducción provoca que el cliente sólo acceda a dicha información en el

¹⁵⁹ SCHLOSSER (§ 6.16) afirma que sólo informan al cliente que desconoce absolutamente si la cláusula es eficaz o ineficaz. Vid también H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 188. Contra KÖTZ (NJW (1979) p 788) quien alega que una cláusula que excluya la posibilidad de compensar o que niegue cualquier indemnización por daños y perjuicios es clara y comprensible, lo que ocurre es que el predisponente no ha indicado a la vez al cliente que, de acuerdo con la ley, la exclusión no es eficaz, cuando se trate de daños producidos dolosamente o con culpa grave o que la prohibición de compensación no es eficaz cuando se trate de créditos indiscutibles, pero en ninguna parte de la ley se impone una obligación de información en este sentido. Igual que Kötz, LOCHER Das Recht p 60.

¹⁶⁰ Vid. WITTE Inhaltskontrolle p 226 y nota siguiente. También SCHMIDT Vertragsfolgen p 188.

momento en el que el juez determine la medida de la reducción y no desde la celebración del contrato. La conclusión es que desde el punto de vista de la transparencia tan poco transparentes son las cláusulas totalmente ineficaces como las parcialmente ineficaces¹⁶¹, y por lo tanto, ambas deben declararse igualmente ineficaces.

c) Este argumento se enlaza con la idea de prevención ("Präventionsgedanke")¹⁶². Si admitimos la reducción, el predisponente carecería de estímulo alguno

¹⁶¹ Como se observará, el requisito de transparencia adquiere así un valor mayor que la simple "comprensibilidad" contra la que no chocan, en efecto, cláusulas claras y absolutamente ineficaces, pero como señala WITTE (Inhaltskontrolle p 227) "las regulaciones ineficaces no proporcionan una información correcta que pueda servir como directiva de comportamiento aunque estén configuradas tanto formal como materialmente de forma clara", función que, según vimos, es la que corresponde a los requisitos de inclusión donde se recoge de forma primaria el requisito de la transparencia.

¹⁶² El enlace consiste en que precisamente para lograr que los predisponentes establezcan condiciones generales transparentes, es necesario declarar la nulidad total de las cláusulas divisibles abusivas, porque de otro modo, como veremos inmediatamente, no se verían estimulados a hacerlo. Insiste en que ambos principios (transparencia y prevención) son inseparables. NIEDENFÜHR Informationsgebote pp 48-49: "En la jurisprudencia y en la doctrina se utiliza el eslogan "Transparenzgebot" para describir la finalidad de la ley de lograr que las condiciones generales tengan un contenido adecuado y de este modo que faciliten al cliente la posibilidad de obtener una información correcta sobre los derechos y obligaciones derivados del contrato. Transparencia significa claridad y comprensibilidad. Por lo tanto, el eslogan "exigencia de transparencia" no expresa suficientemente el hecho de que se trata de una protección preventiva. Lo que se trata de evitar es que se opongan al cliente cláusulas prohibidas. La justificación del principio preventivo se basa en el peligro de que los contratantes sometidos a condiciones generales no se puedan oponer a la ejecución del contrato de acuerdo con condiciones generales ineficaces porque no conozcan realmente la situación jurídica".

para redactar cláusulas divisibles adaptadas a la legalidad, puesto que al eliminársele el riesgo de la declaración de nulidad total -y la consiguiente aplicación del Derecho dispositivo- la regulación definitiva del contrato -una vez reducida la cláusula- le será tan favorable como la que él podría redactar¹⁶³.

Ejemplo: cláusula de exención de responsabilidad genérica. El juez reduce la cláusula señalando que sólo es válida para excluir la responsabilidad por culpa leve. El resultado es igual que si el predisponente hubiera excluido desde el principio sólo la responsabilidad por culpa leve. Si el juez declara nula la cláusula, el predisponente responde también por culpa leve, luego se ve estimulado a redactar desde el principio la cláusula excluyendo únicamente la responsabilidad por culpa leve. Al contrario, se vería estimulado a redactar las cláusulas reducibles de forma abusiva en la esperanza de poder oponerlas en su totalidad en la fase extraprocesal de la vida del contrato frente a clientes poco informados.

La cuestión es si la legislación de condiciones generales tiene finalidad preventiva o no. Como hemos visto, si se pretende que los empresarios redacten condiciones generales que tengan en cuenta los intereses legítimos de los clientes, la nulidad total de las cláusulas abusivas es una exigencia ineludible¹⁶⁴.

La respuesta no ofrece dudas respecto al control abstracto¹⁶⁵. La eficacia general de las sentencias dictadas en el marco de este proceso, tienen una "eficacia normativa" otorgada con el fin de poder limpiar el tráfico de condiciones abusivas, concretando las cláusulas generales contenidas en la ley¹⁶⁶. Al vincular, como dice el art. 36 AP, a todos los empresarios que utilicen cláusulas iguales a las declaradas ineficaces se les obliga a todos a eliminar las mismas y a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo.

Dada la existencia de este proceso, un sector de la doctrina alemana niega el carácter preventivo del control individual¹⁶⁷. Los argumentos son básicamente, la falta de necesidad de dicho efecto¹⁶⁸, la falta de

¹⁶³ Vid ampliamente WITTE Inhaltskontrolle pp 241ss.

¹⁶⁴ Vid. VON HIPPEL BB (1985) p 1631; TRINKNER BB (1984) p 491; LÖWE BB (1984) p 494.

¹⁶⁵ REINEL Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1979 pp 25-26.

¹⁶⁶ Vid., por todos, H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 186 con ulteriores precisiones.

¹⁶⁷ Vid. con suficientes indicaciones, H. SCHMIDT ibidem p 186.

¹⁶⁸ H. SCHMIDT ibidem.

indicios en el proceso de elaboración de la ley en este sentido¹⁶⁹, y sobre todo, la propia naturaleza de la prevención.

Por otra parte, la prevención sólo es eficaz cuando el predisponente puede evitar la "sanción" (nulidad total) adaptando su comportamiento a la norma. Tal posibilidad resulta factible cuando el legislador ha señalado límites precisos, traspasados los cuales, la cláusula deviene ineficaz¹⁷⁰, pero no cuando -como ocurre especialmente en la LCU- el predisponente no tiene mas puntos de apoyo que cláusulas generales necesitadas de concreción. El predisponente en estos casos, para evitar la "sanción" no tendría otra posibilidad que "dar prioridad absoluta a los intereses del cliente" para asegurarse de que sus condiciones no van a ser declaradas ineficaces. Pero otorgar preferencia de los intereses del cliente no es el objetivo de la ley¹⁷¹.

Otros autores señalan que si el legislador hubiera querido "disciplinar" al predisponente por vía de las consecuencias jurídicas podría haber establecido que cuando un formulario contuviese condiciones generales abusivas, todo el formulario fuera declarado ineficaz¹⁷².

Estos dos argumentos (existencia -en Alemania- del control abstracto al que corresponde la labor de prevención e imposibilidad de un efecto preventivo cuando al mismo tiempo no se establece con claridad y precisión la conducta adaptada a la norma) han condicionado la respuesta de los partidarios del efecto preventivo. Así, en Alemania se afirma que el control abstracto es insuficiente para "limpiar" el tráfico de cláusulas abusivas¹⁷³ sobre todo porque dados los costes que un proceso supone, las asociaciones de consumidores sólo presentan las demandas correspondientes en supuestos claros de abuso, es decir, cuando la contradicción con la legislación de condiciones generales es evidente. Por lo tanto, en los casos dudosos, los empresarios optarán por aquella configuración de la cláusula que aún siendo ineficaz les favorece más, ya que el riesgo de ser demandado es, como

¹⁶⁹ Vid. por ej. BUNTE NJW (1987) p 927.

¹⁷⁰ Vid. autores citados en notas anteriores.

¹⁷¹ Así H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 187.

¹⁷² Así E. SCHMIDT JA (1980) p 403. contra WITTE Inhaltskontrolle p 226, quien señala que E. Schmidt no tiene en cuenta el interés del cliente en el contrato y en otras cláusulas del mismo y que no se tendrían en cuenta sus intereses si la declaración de nulidad de una cláusula provocara la nulidad de todo el clausulado.

¹⁷³ p. ej. VON HIPPEL BB (1985) 1631.

hemos visto, muy pequeño¹⁷⁴.

Respecto a las dificultades de los empresarios para adoptar una conducta adaptada a la norma, se contesta afirmando que la nulidad total sólo debe aplicarse cuando el predisponente hubiera actuado dolosamente o con culpa grave al redactar las cláusulas, es decir, hubiera sabido o hubiera debido saber que la cláusula era nula¹⁷⁵.

Nuestro Derecho no conoce una acción de cesación en el ámbito de la legislación sobre condiciones generales¹⁷⁶. Por lo tanto, el argumento de la existencia del control abstracto no necesita ser discutido ahora. Aunque nos parece valiosa la objeción expuesta por algún sector doctrinal¹⁷⁷ en el sentido de que el control abstracto resulta adaptado para eliminar del tráfico las cláusulas claramente abusivas o las muy extendidas en su empleo, pero no respecto de las que la situación legal es dudosa o son utilizados por empresarios singulares y no por sectores enteros del tráfico. No puede argumentarse con que esto sea un problema de financiación de las asociaciones de consumidores, porque no es imaginable que aún sin ese problema, el legislador haya pretendido fomentar la iniciación de procesos judiciales en los que no existan a priori ciertas garantías de triunfo.

En todo caso, la falta de un proceso abstracto en la LCU¹⁷⁸ permite argumentar que si no se quiere evitar

¹⁷⁴ WITTE Inhaltskontrolle p 245; contra H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 187 quien señala que el problema no es la regulación legal sino la falta de fondos suficientes para las asociaciones de consumidores.

¹⁷⁵ VON HIPPEL BB (1985) p 1631; WITTE Inhaltskontrolle p 246; KÖTZ NJW (1979) p 789. Vid un caso similar en Derecho español supra el supuesto de ventajas de los fundadores excesivas.

¹⁷⁶ Únicamente podría afirmarse que sobre la base del art. 20.1 in fine LCU las asociaciones de consumidores podrían presentar demandas de nulidad contra condiciones generales abusivas en defensa de "los intereses generales de los consumidores y usuarios", pero la declaración de nulidad no tendría efectos jurídicos ultra partes ni siquiera obligaría al predisponente a abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo para todos los contratos que celebrase, dado que una derogación del principio de la eficacia relativa de la sentencia no puede hacerse sin una previsión legal específica.

¹⁷⁷ WITTE Inhaltskontrolle p 246.

¹⁷⁸ Aparte de hacer dudar de la adaptación constitucional de la LCU, puesto que el art. 51 CE habla de "procedimientos eficaces" y está demostrado que sólo un instrumento del tipo de la acción de cesación permite

un mayor déficit de aplicación de las normas materiales, el plano de las consecuencias jurídicas puede utilizarse también para lograr un comportamiento adecuado a la norma. Sin que eso suponga, en absoluto -y como trataremos de argumentar más adelante- atribuir carácter sancionatorio a la ley¹⁷⁹. Por lo tanto, en España no puede hablarse de lo innecesario de atribuir al control del contenido en el ámbito individual una finalidad preventiva.

El argumento de mayor peso es la posibilidad o no para el predisponente de "adaptar su conducta a la norma" como presupuesto de cualquier efecto preventivo. En principio, efectivamente, cuando la medida de control es una cláusula general y dicha cláusula no queda exhaustivamente concretada por el legislador, no resulta fácil para el predisponente redactar sus condiciones generales de forma que pueda tener la seguridad aceptable de que no van a ser declaradas ineficaces.

Pero este argumento puede contestarse alegando que tales inseguridades se producen cuando el predisponente deroga el derecho dispositivo a su favor, esto es, no cuando adopta una regulación equilibrada, sino únicamente en la zona fronteriza entre la ilegalidad y la legalidad. La conducta adaptada a la norma es perfectamente posible si el predisponente no trata de agotar las posibilidades legales, y se guía por los principios rectores del tipo contractual recogidos en el Derecho dispositivo o en la jurisprudencia.

Por lo tanto, la objeción en el sentido de que si atribuimos finalidad preventiva a la consecuencia de nulidad, el predisponente tendría que hacer prevalecer los intereses del cliente sobre los propios¹⁸⁰, no parece de recibo, ya que lo que se le pide es que se oriente por el Derecho dispositivo -que establece una regulación equilibrada- y no lo derogue mas que en los supuestos en los que exista un interés suficiente para ello. En la zona fronteriza, para estar seguro de la eficacia de la cláusula, el predisponente sólo ha de evitar pretender satisfacer intereses propios no merecedores de protección y no dar primacía permanentemente a los del adherente.

d) Además pueden añadirse otros argumentos positivos.

aa) En la doctrina alemana se alegan, además,

luchar eficazmente contra las cláusulas abusivas.

¹⁷⁹ Como pretenden los partidarios de la reducción atribuyendo tal carácter a la sanción de nulidad total vid. p ej. LOCHER Das Recht pp 60-61. y E. SCHMIDT JA (1980) nota 16 con más indicaciones.

¹⁸⁰ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 187.

argumentos procesales. Básicamente la necesidad de lograr en la medida de lo posible soluciones unitarias en el proceso abstracto y el individual¹⁸¹. Dicha necesidad viene provocada por la posibilidad prevista en el § 21 AGBG y el Art. 37 AP de alegar en el proceso individual la sentencia de ineficacia de unas condiciones generales dictada en un proceso abstracto. Si, como se admitirá, en el proceso abstracto no es posible la reducción (sencillamente porque el tribunal únicamente ha de pronunciarse sobre la validez o no de las cláusulas, no sobre la regulación del contrato), tampoco debe serlo en el ámbito individual¹⁸².

bb) Por último, el tenor literal del art. 10.4 LCU se opondría a cualquier intento de reducción en cuanto afirma que las cláusulas que incumplan alguno de los requisitos de inclusión o de control del contenido "son nulas de pleno derecho y se tienen por no puestas", esto es, ordena la nulidad con mayor rotundidad, si cabe, que el Derecho proyectado¹⁸³ y el comparado¹⁸⁴, y no deja resquicio alguno para la conservación de las cláusulas abusivas. Es más, no se afirma que las cláusulas son

¹⁸¹ Vid ampliamente ULMER NJW (1981) p 2029; E. SCHMIDT JA (1980) pp 405-406.

¹⁸² Más detalladamente H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 145-146.

¹⁸³ El art. 8 AP establece la ineficacia de las condiciones generales que infrinjan lo dispuesto en los arts. 9 a 25, y el 27 AP por su parte señala que "cuando todas o alguna de las cláusulas contenidas en unas condiciones generales de la contratación no se consideren incluidas... o sean declaradas ineficaces"

¹⁸⁴ El texto alemán del § 9 AGBG es similar al de nuestro art. 8 AP.

nulas en la medida en que incumplan dichos requisitos sino cuando incumplan los mismos¹⁸⁵.

IX. Control de la eficacia y control del ejercicio.

1. De entre los instrumentos propuestos que tienen como efecto la limitación de las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula nos queda por examinar la propuesta realizada por un sector de la doctrina, según la cual deben emplearse criterios diferentes para la declaración de nulidad de una cláusula en el ámbito del control abstracto (acción de cesación) y en el ámbito individual¹⁸⁶. Según los patrocinadores de este planteamiento, ante una demanda de nulidad de una condición general, el juez del ámbito abstracto debe preguntarse en qué supuestos puede tener aplicación la cláusula, es decir, examinar todos los casos en que la cláusula puede encontrar aplicación y declararla ineficaz si en cualquiera de ellos perjudica los intereses del adherente en contra de las exigencias

¹⁸⁵ Vid consideraciones similares GÖTZ NJW (1978 p 2028; ESSER/SCHMIDT Schuldrecht^s p 177; SCHMIDT Vertragsfolgen p 142 con más indicaciones. Contra MOCKENHAUPT p 115; HAGER Gesetzeskonforme p 70, para quienes el tenor literal del § 9 AGBG no resuelve el problema. Igualmente HEINRICHS 10 Jahre p 35 quien afirma que el problema de la reducción no está regulado en la ley y que por tanto, se trataba de una laguna que ha sido cubierta en vía de desarrollo judicial del Derecho por la jurisprudencia.

¹⁸⁶ Vid fund. J. BASEDOW "Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte. Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB" ACP 182 (1982) pp 335-371 esp. pp 356 ss; KÖTZ BB (1982) p 647.

de la buena fe. En el control individual, sin embargo, el procedimiento ha de ser diferente. El juez no tiene que examinar si la cláusula es abusiva en general, sino si el predisponente ha realizado un uso de la misma en el caso concreto que se revela abusivo. Es decir, mientras en el caso del proceso abstracto se hace un análisis ex ante de la validez de la cláusula, en el control individual correspondería hacer un análisis ex post facto¹⁸⁷.

Ejemplo: una cláusula genérica de exención de la responsabilidad del predisponente sólo deberá declararse ineficaz si el predisponente ha actuado en ese supuesto con dolo o culpa grave. Nuestra jurisprudencia ha utilizado en alguna ocasión este tipo de control a posteriori, negando legitimidad a la alegación del predisponente que se fundaba en una cláusula de las condiciones generales del contrato en lugar de proceder a declarar la nulidad de la cláusula. El caso se decidió en la STS 17.2.1986 (Ar 615).

Un sujeto conduce un camión cargado de pinturas disolventes. En un descenso pronunciado, el continuo empleo del freno de servicio motivó que se recalentara y fallara y al carecer de freno de emergencia o socorro, atropella y mata a un ciclista e hiere a ocupantes de dos vehículos. En la póliza de seguro voluntario quedaban excluidas la indemnización de los daños causados a personas o cosas que se produjeran transportando el vehículo asegurado carburantes, esencias minerales u otras materias inflamables.

El TS afirma que no hay "razón legal ni moral" para excluir la indemnización cuando los quebrantos producidos se hubiesen producido de igual manera transportando el vehículo unas u otras mercancías. El

¹⁸⁷ Basedow, principal defensor de esta tesis, pretende que el análisis ex post facto de las cláusulas no toma partido en la polémica sobre la reducción conservadora de la validez por cuanto ésta delimita el ámbito de la nulidad de una cláusula, mientras que el análisis ex post se pregunta si la cláusula es o no ineficaz: "según lo cual, el juez del proceso individual no puede decidir sobre la eficacia o ineficacia de la cláusula cuando el caso que tiene que decidir trata de la parte no abusiva de la misma". Sólo cuando la parte ineficaz de la cláusula resulte implicada, entonces habrá de preguntarse el juez si la cláusula es totalmente ineficaz o no. Aquí, Basedow se pronuncia contra la reducción (BASEDOW ACP 182(1982) p 359).

juzgador de casación señaló asimismo, que la cláusula de las condiciones generales debe interpretarse en el sentido de excluir los daños debidos específicamente al transporte de mercancías peligrosas, lo que no ocurría en el supuesto. El tribunal, en vez de declarar nula la cláusula, impide en ese caso su aplicación. Lleva a cabo, pues, un control del contenido enjuiciando la conducta del predisponente y no el tenor de la cláusula¹⁸⁸.

2. Esta propuesta ha sido acertadamente rechazada por la doctrina mayoritaria¹⁸⁹. Los argumentos centrales pueden exponerse así:

a) En primer lugar, y sobre todo, la propuesta contradice el sistema de control de la legislación de condiciones generales.

El criterio para declarar la nulidad de una cláusula ha de ser el mismo en el control abstracto y en el individual y se trata de un criterio general y objetivo¹⁹⁰. Según la doctrina mayoritaria las circunstancias del caso concreto no pueden servir como medida para el control del contenido y el control ex post supone atender a las mismas, en particular a si el empleo que el predisponente ha hecho en el caso concreto de una cláusula ha perjudicado o no al cliente.

b) El control de las condiciones generales es un

¹⁸⁸ Cabría pensar que en este caso estamos ante un control oculto por vía de interpretación, pues, formalmente, el TS "interpreta" la cláusula. No parece, sin embargo, que sea así. El Tribunal Supremo viene a decir que si bien es lógico excluir los daños que se produzcan como consecuencia de que el vehículo asegurado transporte mercancías peligrosas, porque los daños serán previsiblemente mayores, no tiene justificación el que se excluya la cobertura por el mero hecho de que se transporten, cuando los daños no proceden de esa circunstancia. En definitiva, lo que hace el Tribunal supremo es, ante una cláusula clara y excesiva, reducirla (de hecho -como veremos, el control del ejercicio conduce a resultados parecidos a la reducción: vid infra en este epígrafe).

¹⁸⁹ Vid LÖWE BB (1982) P 651; ULMER/SCHMIDT § 6.21; H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 104ss; LINDACHER § 6.21....

¹⁹⁰ Así ULMER/SCHMIDT § 6.21.

control de la configuración contractual realizada por el predisponente y no de la utilización concreta de dicha configuración contractual¹⁹¹.

c) Contradice la eficacia de la sentencia dictada en el proceso abstracto que -como puede verse en el art. 36 AP- obliga al predisponente a "eliminar" de sus condiciones generales la cláusula en cuestión y a abstenerse de utilizarla en lo sucesivo en contratos individuales. Siguiendo a Basedow, a lo único que obligaría la sentencia dictada en el proceso abstracto es a no utilizar la cláusula "abusivamente"¹⁹² pero nada le impediría seguir incluyéndola en cada uno de los contratos individuales que celebrase. En este sentido la propuesta es incompatible con la configuración de la acción individual en el AP. Según el art. 28 I "el contratante sometido a unas condiciones generales podrá impugnar la totalidad o una parte de las mismas cuando considere que son ineficaces a tenor de lo dispuesto en esta ley... (II) también podrá pedir la ineficacia"... las asociaciones que se citan. Por lo tanto, el adherente no necesita esperar a que el perjuicio se haya ocasionado. Basta con que la cláusula sea ineficaz conforme a las reglas de los artículos 8 a 25 AP para que pueda pedir que se declare la ineficacia. Es obvio que el juez en, en este supuesto, no puede decidir sobre la eficacia de las cláusulas según éstas hayan provocado un perjuicio o no al cliente, puesto que la cláusula no ha tenido ocasión de aplicarse en el momento en el que se solicita la declaración de nulidad.

d) Existen además argumentos de carácter literal en la LCU. En ella se declaran nulas las cláusulas "que incumplan los anteriores requisitos" (art. 10.4) sin que por ningún lado se diga que es menester esperar al ejercicio abusivo de las facultades que las mismas otorguen¹⁹³.

e) Por último, y sobre todo, la propuesta es criticable por los resultados derechamente insostenibles a los que conduce. El siguiente ejemplo es bien ilustrativo al respecto¹⁹⁴: Imaginemos una

¹⁹¹ BUNTE NJW (1984) p 1149.

¹⁹² H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 106.

¹⁹³ Vid. especialmente art. 10.1 c) 2º, 3º, 11 LCU.

¹⁹⁴ Lo tomamos de WOLF § 9.51

cláusula genérica de exención de responsabilidad. En el contrato A, el predisponente actúa con culpa leve. Dado que la "parte de la cláusula afectada" es eficaz (la exclusión de responsabilidad por culpa leve está permitida), el juez no necesita preguntarse por la eficacia o ineficacia de la cláusula. En otro contrato B con la misma cláusula, el predisponente actúa con culpa grave. La cláusula es, según la tesis del control del ejercicio, ineficaz. Si nuevamente en el contrato A o en el B el predisponente vuelve a actuar con culpa leve, la solución sería diferente en ambos contratos. En A el predisponente no respondería, y en B sí, porque la cláusula habría sido declarada ineficaz¹⁹⁵.

3. En realidad, la propuesta que examinamos transforma el control de las condiciones generales en un control del comportamiento del predisponente. Aquí es donde reside el error, puesto que, situado en esta perspectiva, al juez le basta con la ley y le sobran las cláusulas. El juez no necesita examinar las cláusulas, sino la conducta del predisponente. Si éste actúa contra lo dispuesto en la legislación de control, su conducta es ilegal; en caso contrario, está libre de objeción. La conducta, por tanto, habría de estar cubierta no por la cláusula y ésta por la ley, sino directamente por la ley. El predisponente no necesitaría, por tanto, preocuparse en absoluto por redactar las condiciones

¹⁹⁵ WOLF *ibidem* quien añade que estos supuestos son perfectamente posibles en relaciones duraderas.

generales adecuadas a la ley; le bastaría con comportarse conforme a la ley. Pero no conforme al Derecho dispositivo, sino conforme a la lista de cláusulas prohibidas. De ahí que se haya dicho que este procedimiento conduce a resultados similares a la reducción conservadora de la validez¹⁹⁶.

§ 20. SEGUNDA REGLA: LA REGLA DE LA INTEGRACION DEL CONTRATO: EL REGIMEN SUSTITUTIVO DE LAS CONDICIONES GENERALES INEFICACES.

I. Planteamiento.

1. Delimitado el ámbito de la nulidad, corresponde, a continuación, examinar el régimen jurídico sustitutorio de las cláusulas nulas. En otras palabras, se trata de examinar cuáles son los mecanismos de integración de los contratos celebrados conforme a condiciones generales parcialmente nulos.

Según recordamos al inicio de este capítulo, la LCU no contiene ninguna previsión al respecto. Es más, ni siquiera es consciente de este problema, como lo prueba el hecho de que en su art. 10.4 II se refiera a "las cláusulas subsistentes". Esta laguna de la ley, en cualquier caso, no puede significar que contratos parcialmente nulos no hayan de ser objeto de integración, según hemos argumentado también al principio de este capítulo.

¹⁹⁶ Así ULMER/SCHMIDT § 6.21.

A diferencia de la LCU, el AP, siguiendo a la ley alemana, contiene una regulación de la cuestión en el art. 27, a tenor del cual, "el contrato se integrará con las disposiciones legales si existiesen, siempre que su aplicación no conduzca a resultados distintos a los que las partes hubieran perseguido al celebrar el contrato"¹⁹⁷. Esta norma es, sin embargo, criticable. En primer lugar, el precepto podría aprovecharse para evitar -entre nosotros- los problemas que el mismo ha ocasionado en Alemania, esto es, básicamente la polémica sobre la reducción conservadora de la validez y la relativa a la alternativa entre control de la eficacia y control del comportamiento del predisponente. En segundo lugar, el precepto se remite únicamente a las disposiciones legales "si existiesen", sin dar respuesta a la cuestión que inmediatamente se plantea. ¿Y si tales normas no existen? La cuestión no es irrelevante, como lo demuestra el hecho de que en Alemania esta pregunta haya tardado varios años en encontrar una respuesta jurisprudencial y doctrinal firmemente asentada¹⁹⁸. En tercer lugar, el artículo 27 AP contiene una restricción a la aplicación de las normas legales que es, cuando menos, ambigua. Según esta norma, las disposiciones legales, aunque existan, no serán de aplicación si conducen a resultados distintos a los perseguidos por las partes con la celebración del contrato. Con ello no se aclara qué consecuencias jurídicas deben producirse si la aplicación de las disposiciones legales conduce a resultados distintos de los perseguidos por las partes. En principio, caben dos respuestas: la primera consiste en considerar que en ese caso es ineficaz el contrato mismo (por oposición al mantenimiento de la validez del contrato en el comienzo del precepto). La segunda, que el contrato siga siendo válido y no se apliquen las disposiciones legales, con lo que volvemos a preguntarnos cuál es el régimen supletorio. Si la respuesta correcta es la segunda, se estaría recogiendo legislativamente, por una parte, la llamada interpretación integradora, en cuanto que para integrar el contrato no habría que acudir sólo al Derecho dispositivo, sino también al propio contrato, tratando de averiguar, de acuerdo con la conexión de sentido y la finalidad del mismo qué regulación hubieran establecido dos contratantes honrados, y por otra parte no se prevería excepción alguna al principio del mantenimiento de la validez del contrato, esto es, la nulidad total no podría admitirse ni siquiera en casos excepcionales.

¹⁹⁷ La ley alemana remite, igualmente a las disposiciones legales como regulación integradora primaria (§ 6.II AGBG). La ley portuguesa, del mismo modo, remite a las normas legales supletorias y a las reglas generales de integración de los negocios jurídicos como regulación substitutiva subsidiaria (art. 13).

¹⁹⁸ Vid HEINRICHS 10 Jahre p 35, por todos.

Aceptar la primera respuesta -considerando el contrato mismo como ineficaz- conduciría a resultados poco compatibles con la finalidad protectora de la norma, que precisamente trata de evitar la nulidad total para garantizar al adherente su interés en la ejecución del contrato. Aceptar la segunda, a nuestro juicio, la más correcta se revela, como queda dicho, problemático, no tanto por el contenido del precepto como por la falta de previsiones más concretas.

La integración del contrato con condiciones generales ineficaces trae a colación importantes problemas de la teoría general del negocio jurídico. En particular, la función del Derecho dispositivo como regulación supletoria, sus límites y las alternativas existentes al mismo para integrar el contrato, con el polémico tema de la interpretación integradora del contrato como telón de fondo.

En el análisis que efectuamos a continuación, no nos ocupamos de toda la problemática de la integración contractual, sobre todo porque no resulta necesario en el marco de este trabajo. Sin embargo, teniendo en cuenta las grandes diferencias de concepción que existen respecto a estos problemas en la doctrina, nos parece imprescindible exponer la propia de una manera detallada. En todo caso, sin perder de vista que lo que aquí interesa es determinar cuál es la regla aplicable en sustitución de una cláusula de condiciones generales ineficaz por ser contraria a las reglas del control del contenido o por no haber cumplido los requisitos de inclusión y en qué medida se plantean especialidades para el caso de las condiciones generales. A tal efecto examinaremos de inmediato los supuestos que no plantean dificultades (casos en los que no es necesaria la

integración o en los que ésta es automática). En epígrafes sucesivos nos iremos adentrando en los casos de mayor dificultad y en el análisis de los siempre delicados problemas planteados por el art. 1258 CC y por la interpretación integradora.

II. La eliminación de las cláusulas nulas sin sustitución.

1. El primer grupo de casos que hemos de analizar, y el que menos problemas plantea, viene dado por aquellos supuestos en los que la declaración de ineficacia de una cláusula no exige su sustitución por otra regulación: el contrato "vale" tal como queda sin la cláusula ineficaz. Esto ocurre en varios supuestos:

a) En primer lugar, y ante todo, no es necesaria una regulación sustitutiva en el caso de cláusulas sorprendentes¹⁹⁹ (en particular, las cláusulas que modifican la prestación principal o que imponen obligaciones al cliente o que viceversa atribuyen derechos al predisponente que no casan con la imagen que del contrato se había hecho legítimamente el adherente). Eliminada la cláusula, queda una regulación de la cuestión que no necesita ser completada.

Ejemplos: 1º la cláusula contenida en un contrato de mediación por la que el cliente se obliga a pagar también un premio al mediador por los contratos celebrados posteriormente con la parte con la que se celebró el contrato. Eliminada la cláusula, el cliente simplemente no ha de pagar mas que el premio por el contrato mediado; 2º la cláusula en el contrato de

¹⁹⁹ Vid por todos ULMER/SCHMIDT § 6. 37-38.

instalación de una máquina tocadiscos en un bar por la que el cambio de la máquina por una más moderna suponía la iniciación de un nuevo contrato por un periodo de diez años. Su eliminación conduce a que el contrato conserve la duración pactada²⁰⁰.

b) Tampoco es necesaria una regulación sustitutiva respecto a cláusulas abusivas de contenido similar a las sorprendentes examinadas²⁰¹. Este efecto suele formularse diciendo que no es necesaria la regulación sustitutiva cuando el contrato pertenece a alguno de los tipos regulados legalmente y el punto concreto regulado por la cláusula no se encuentra tratado por el Derecho dispositivo²⁰².

c) Tampoco es necesario buscar la regulación sustitutiva en el caso de que una condición general sea contraria a lo establecido en un acuerdo individual (art. 10.2 II LCU) o contrario a lo ofrecido en publicidad (Art. 8 LCU). La regulación será la prevista en el acuerdo individual o en la publicidad respectivamente.

d) Dentro de la lista de cláusulas abusivas contenida en la LCU, no es necesario establecer la regulación sustitutiva en los supuestos del art. 10.1.

c) 1º in fine: cláusulas que permiten alterar el precio

²⁰⁰ S BGH 29.2.1984 (NJW (1985) p 53). Una excepción, esto es, un supuesto de eliminación de una cláusula sorprendente que puede provocar la existencia de una laguna nos lo proporcionan aquellas cláusulas que hayan sido declaradas sorprendentes por hallarse "ocultas" en el texto del contrato, no porque su contenido sea abusivo. Vid al respecto H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 190.

²⁰¹ ULMER/SCHMIDT § 6.38; U. STEIN en SOERGEL/SIEBERT/STEIN AGBG § 6.9.

²⁰² Así KÖTZ MunchKomm § 6.7.

pactado: eliminada la cláusula, el contrato conserva el precio original (similar también los art. 10.1 c) 5º, 7º) o del 10.1 c) 12º: cláusulas que obligan a adquirir mercancías complementarias no solicitadas, la consecuencia sería que el cliente no tendría obligación de adquirir la misma²⁰³).

2. La doctrina mayoritaria explica esta situación señalando que en estos casos la eliminación de la cláusula abusiva no provoca la aparición de una laguna contractual necesitada de integración acudiendo al Derecho dispositivo²⁰⁴. Una postura minoritaria entiende que la existencia de una laguna no es un presupuesto de la aplicación del Derecho dispositivo y que éste resulta siempre aplicable, salvo que las partes hayan manifestado su voluntad contraria, o que no exista²⁰⁵. Según esta postura minoritaria, las cláusulas citadas no son sustituidas, no porque su ausencia no

²⁰³ En el AP pueden verse ad ex. los arts. 10 la frase, 15, 17, 24...

²⁰⁴ Así por ej. ULMER/SCHMIDT § 6.37; ERMANN/HEFERMEHL § 6.7; KÖTZ MünchKomm § 6.6-7; SOERGEL/SIEBERT/STEIN AGBG § 6.8...

²⁰⁵ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 157ss; NEUMANN Reduktion p 155. Esta es la posición mantenida entre nosotros por LACRUZ (Elementos p 229): "la normativa legal no está pensada como mero complemento de las omisiones cometidas en la regulación (contractual)... sino como una parte del contrato aportada por la ley que, no habiendo sido excluida por las partes se halla en pie de igualdad con el resto". Esta posición responde a la construcción de la reglamentación contractual como producto de las "aportaciones" de fuentes de distinta procedencia: RODOTA Le fonti di integrazione dell'contratto Milan 1971 passim esp. pp 101 ss; ROPPO Il contratto pp 115ss.

provoque una laguna, sino simplemente porque el Derecho dispositivo carece de una regulación aplicable a este punto, por tratarse normalmente de condiciones generales que modifican la prestación principal o que imponen obligaciones al cliente contrarias al tipo de contrato celebrado, por lo que, lógicamente, su contenido no forma parte de la regulación legal.

La única consecuencia práctica que esta tesis lleva consigo es que, en el supuesto de condiciones sorprendentes por su carácter "oculto" (supra § 15. VIII) pero cuyo contenido no es de por sí abusivo, puede existir Derecho dispositivo regulador de la cuestión y por lo tanto, lógicamente, encontrar aplicación.

En nuestra opinión, y aunque su trascendencia práctica es muy escasa, debe aceptarse la postura minoritaria. La razón de esta preferencia consiste en que lo que en realidad suceden en estos casos es que "en lugar de la regulación intentada por el predisponente por medio de las condiciones generales, ha de aplicarse la regulación sugerida por la ley, sea en forma de auténtica sustitución, sea -en el caso de que se atribuyan derechos no previstos en las normas legales- en forma de eliminación sin sustitución de las cláusulas afectadas"²⁰⁶. En efecto, la no sustitución de las cláusulas abusivas proviene del hecho de que sin ellas la regulación contractual es equivalente a la del Derecho dispositivo. Aquí las dos funciones del Derecho dispositivo como medida de control y como regulación

²⁰⁶ LINDACHER § 6.6.

contractual sustitutiva no se distinguen. Lo cual significa que, como afirma la postura minoritaria, no es necesario que exista una laguna contractual para aplicar el (contenido del) Derecho dispositivo, pero no porque no exista regulación al respecto, sino porque sin la cláusula abusiva la regulación contractual responde ya al Derecho dispositivo.

III. La determinación automática de la regulación sustitutiva.

1. En otros supuestos, la determinación de la regulación sustitutiva tampoco plantea problema alguno una vez que se haya determinado que la condición general deroga el Derecho dispositivo sin justificación objetiva. La regulación aplicable será la de la norma derogada.

Ejemplos Pacto de sumisión expresa a un juez que no sea el del domicilio del contratante sometido a condiciones generales (art. 22 AP), la nulidad del pacto supone que el juez competente se determina con arreglo a las normas legales. En el caso de alteración de la carga de la prueba (art. 10.1 c) 8º LCU) la carga de la prueba se determinará según las reglas legales; en los supuestos de atribución de gastos al adherente (art. 10.1 c) 11º LCU), dichos gastos correrán a cuenta del predisponente.

En general, tampoco plantea problemas excesivos la sustitución de las cláusulas cuando la ineficacia de las mismas proviene de su contrariedad con un principio general del Derecho contractual (pacta sunt servanda o necesidad de un acuerdo individual para modificar lo previamente pactado, etc.). En estos casos, el principio se aplica en todo su rigor (y la prestación u

obligación no puede ser modificada)²⁰⁷.

IV. La no necesidad de determinar concretamente la regulación sustitutiva debido a la conducta realizada por las partes.

En otros casos el juez no necesita fijar exactamente la regulación que debe sustituir a la cláusula nula, bastando con que considere conforme con una regulación equilibrada la conducta de una u otra parte contrarias a la cláusula ineficaz, cuando dicha conducta estaría cubierta en todo caso por la regulación sustitutiva de la cláusula ineficaz²⁰⁸.

Un ejemplo de este tipo nos lo suministra el caso juzgado por el LG Hamburgo 25.2.1987 (NJW RR (1987) p 687ss). Se trataba de un contrato de enseñanza deportiva y utilización de las instalaciones de un gimnasio. El cliente recibía clases y entrenamiento contra el pago de una cuota mensual. La duración del contrato se establecía en 18 meses sin posibilidad de resolución anticipada. El cliente denuncia el contrato a los cuatro meses de iniciado el entrenamiento alegando y justificando razones de salud. El predisponente exige el pago de las 14 mensualidades restantes. El tribunal, tras confirmar que no hay Derecho dispositivo aplicable al supuesto, analiza cuidadosamente el tipo de contrato celebrado concluyendo -por vía de integración del contrato- que estos han de contener un plazo de prueba o un derecho de resolución para que el cliente pueda comprobar si su constitución física le permite realizar dichos entrenamientos y concluye que el plazo en el que

²⁰⁷ Como ejemplo pueden traerse a colación las cláusulas que permiten a las empresas modificar unilateralmente las condiciones contractuales y declaran al adherente sometido a las que "sucesivamente se pongan en vigor".

²⁰⁸ Esto ocurre en los supuestos en que no hay regulación aplicable y ha de acudirse a la integración del contrato de acuerdo con su "naturaleza", cuando una regulación "justa" exigiría, por ejemplo que un plazo demasiado largo no fuera simplemente eliminado, sino sustituido por uno más corto.

el adherente denunció no era excesivamente largo: "la cuestión litigiosa no exige decidir qué duración ha de tener el periodo de prueba o el plazo de resolución dentro de los dieciocho meses de duración original del contrato. En todo caso, el que es parte de un contrato como el que nos ocupa puede denunciar el mismo cuando han transcurrido cuatro meses desde la iniciación del curso". Cabría discutir que el plazo de cuatro meses sea un plazo adecuado como periodo de prueba para un contrato de dieciocho meses, pero aquí nos interesa exclusivamente el hecho de que el tribunal no necesitaba determinar exactamente la duración de tal periodo si considera que la conducta del cliente estaría en todo caso cubierta por dicho periodo eventualmente establecido.

Del mismo modo, el juez puede considerar la cláusula ineficaz y sin embargo, admitir que el predisponente ha actuado legalmente porque su conducta no sólo está cubierta por la cláusula ineficaz sino también lo estaría por la regulación que habría de establecerse²⁰⁹. Así, por ejemplo, un predisponente se reserva un plazo excesivamente largo para aceptar una oferta contractual pero acepta efectivamente la oferta en un plazo corto y razonable. El juez que declara ineficaz la cláusula no tiene ya por qué establecer con exactitud qué plazo sería el "justo", basta con que el efectivamente utilizado lo sea²¹⁰. Esto no supone que estemos aceptando la teoría del control del ejercicio. Las diferencias estriban en que en los casos que estamos

²⁰⁹ Vid. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 199 y ULMER BB (1982) p 1131 respecto a la Tagespreisklausel.

²¹⁰ Un ejemplo de este tipo lo suministra la S OLG Stuttgart 4.5. 1984 (en BUNTE Entscheidungssammlung (1984) vol V nº \$9. 81 p 382). Una fábrica de electrodomésticos celebra un contrato de concesión con un taller de reparaciones por el que este queda autorizado a actuar como "servicio oficial" de dicha marca. En la regulación del contrato, y en lo que aquí interesa se establece que el contrato tendrá una duración indeterminada y que podrá resolverse por cualquiera de las partes siempre que se comunique la misma con seis meses de anticipación. El concedente comunica el 1.3.1982 su voluntad de resolver con efectos de 31.12.1982. El concesionario presenta una demanda y alega la nulidad de la cláusula de resolución por ser el plazo excesivamente corto atendiendo a las inversiones que tuvo que hacer y las demás obligaciones que aceptó. El Tribunal afirma que es posible que el plazo de seis meses sea ineficaz por excesivamente corto. Si lo fuera, eso no significaría que el contrato fuera irresoluble sino que ambas partes podrían resolverlo ad nutum por tratarse de un contrato de duración indeterminada siempre que se comportaran de acuerdo con las exigencias de la buena fe y el plazo de nueve meses parece acorde con la misma.

ahora analizando ha de faltar, en primer lugar, Derecho dispositivo aplicable; en segundo lugar, la cláusula es ineficaz, de forma que el predisponente no puede utilizarla en esa relación contractual.

V. Los mecanismos de integración del contrato.

Fuera de los casos contemplados en el párrafo anterior, la problemática que examinamos se complica sobremanera, debido a la necesidad de proceder, a una integración ponderada del contrato. Para llevar a cabo este análisis, hemos de partir del esquema general de la regulación del contrato. Como es sabido, el contenido de un contrato viene determinado por las disposiciones legales imperativas, las reglas establecidas por las partes interpretadas de acuerdo con los usos y la buena fe y, en cuanto éstas no dispongan lo contrario, por el Derecho dispositivo. A falta de éste, por las normas consuetudinarias que no quepa incluir en vía interpretativa y por la regulación que sea conforme a la buena fe.

Este es el esquema legal de integración del contrato²¹¹ (en principio, igualmente aplicable a los contratos celebrados conforme a condiciones generales²¹²), cuyos momentos más importantes discutiremos en la exposición sucesiva (Derecho dispositivo (infra VII ss); interpretación integradora (infra X ss); e

²¹¹ Cfr. la exposición de DE CASTRO Derecho Civil pp 399-400. Vid. además, DIEZ-PICAZO Fundamentos p 245.

²¹² Vid DUQUE 3 EC (1984) pp 72-73; JORDANO FRAGA RDM (1984) p 700.

integración conforme a la buena fe (*infra* XIV) pero al lado del esquema legal puede arbitrarse un esquema convencional de integración al que nos referimos inmediatamente al examinar las cláusulas salvatorias.

VI. Cláusulas salvatorias.

1. En la doctrina, suelen denominarse cláusulas salvatorias a las cláusulas con el añadido "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" y aquellas que prevén que en caso de nulidad de una condición general, entrará como regulación sustitutoria una regulación diferente del Derecho dispositivo²¹³. Las primeras, en la medida en que plantean problemas de ámbito de la nulidad, han sido examinadas ya (*supra* § 18.VI). Son las últimas las que aquí nos interesan pues contienen una regulación convencional de la integración del contrato.

La tipología es variada. Así, el predisponente puede establecer que en caso de nulidad de una condición general, se reserva el derecho a redactar una sustitutoria que se aproxime lo máximo posible en su contenido a la declarada nula; o bien, que las partes se obligan a adoptar un nuevo acuerdo respecto a dicho contenido que se aproxime lo más posible al declarado abusivo; o bien prever la regulación sustitutiva; o bien, por último, prever que la regulación sustitutiva será la que resulte de reducir la cláusula nula al límite de lo admisible legalmente²¹⁴. También pueden existir cláusulas que establezcan que la regulación ineficaz será sustituida por una regulación "equilibrada" o "conforme a la buena fe". Esta última

²¹³ Vid la definición ULMER/SCHMIDT § 6.55; Ampliamente, H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 225ss. Puede verse también, H. BAUMANN "Salvatorische Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen" NJW (1978) pp 1953-55 y H. GARRN JA (1981) pp 151-156.

²¹⁴ Vid. esta tipología en H. GARRN JA (1981) pp 151-155.

configuración de las cláusulas salvatorias, sin embargo, no será objeto de análisis porque, carecen de contenido de regulación propio, ya que se limitan a reproducir el art. 1258 CC el cual, como es sabido, ordena precisamente tal consecuencia para la cobertura de las lagunas contractuales²¹⁵. Aquí interesa destacar solamente aquellas cláusulas "salvatorias" que prevén que la regulación abusiva sea sustituida por una que se parezca lo más posible a la declarada ineficaz, pero en una configuración admisible legalmente.

2. La doctrina es unánime en considerar este tipo de cláusulas ineficaces cuando se encuentran en condiciones generales²¹⁶. La cuestión no ofrece demasiadas dudas, si se tiene en cuenta lo que se ha sostenido en relación con la reducción conservadora de la validez. Según vimos al examinar el fundamento de la nulidad parcial, la finalidad del Derecho de las condiciones generales no es sólo evitar que se impongan al adherente cláusulas abusivas, sino también lograr una regulación equilibrada en los contratos. En la medida en que estas cláusulas impiden la aplicación del Derecho dispositivo, el cual, como veremos, contiene la regulación que el legislador considera "justa", contradicen la finalidad del Derecho de las condiciones generales y conducen a resultados similares a la reducción conservadora de la validez²¹⁷.

A la misma conclusión se llega desde el fundamento de validez de las condiciones generales. La regulación

²¹⁵ Acertadamente, H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 228.

²¹⁶ Por todos, con suficientes indicaciones, ULMER/SCHMIDT § 6.55 ss.

²¹⁷ Vid ampliamente H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 229.

sustitutiva carece de validez del mismo modo que la declarada nula, puesto que -según vimos- la regulación reducida no sería tampoco remitible a una norma válida de acuerdo con las fuentes ordinarias del Derecho.

VII. Las normas legales como regulación sustitutiva de las condiciones generales ineficaces. Función del Derecho dispositivo.

1. El Derecho dispositivo es, pues, la fuente primaria de integración en sustitución de las condiciones generales nulas. En su momento hemos tenido ocasión de constatar que el "problema" fundamental de las condiciones generales consiste en que frecuentemente derogan sin justificación alguna las reglas del Derecho dispositivo, estableciendo una correlación de riesgos y cargas claramente favorables para el predisponente. Por lo tanto, resulta lógico que, cuando se declaran ineficaces condiciones generales por su carácter abusivo, sea el Derecho dispositivo el que sustituya a la regulación contractual anulada. A la misma consecuencia se llega si se tiene en cuenta que para determinar el carácter abusivo de una cláusula es necesario comparar la regulación que la misma establece con la que se desprende del Derecho dispositivo^{21a}.

^{21a} Así expresamente el art. 8 AP y el § 9 AGB-G. La misma conclusión puede aplicarse al art. 10.1 c) LCU y a la referencia que en el mismo se contiene a la cláusula general de buena fe.

2. El significado y función del Derecho dispositivo fue objeto de amplio tratamiento antes y después de la codificación. Inicialmente, y por obra de la pandectística se afianzó la idea de que el Derecho dispositivo reflejaba la voluntad presumible de las partes²¹⁹. A raíz de los estudios sobre las condiciones generales, y sobre todo merced a la obra de Raiser, el Derecho dispositivo se "revaloriza" como auténtico Derecho y como modelo de regulación²²⁰. Con ello se desarrolla una nueva concepción que ve en el Derecho dispositivo una regulación pretendidamente justa que trata de establecer un equilibrio entre los intereses de ambas partes atendiendo a las necesidades del tráfico y a los intereses generales.

Al Derecho dispositivo se le atribuye, así, una Leitbildfunktion, de modo que ha de servir de modelo y ha de ser utilizado por los jueces para juzgar la validez o no de las condiciones generales; y ello porque, como valoración legal, recoge lo que el legislador entiende como equilibrio adecuado y natural entre los intereses de las partes, como ordenación

²¹⁹ Dicha concepción halla sus raíces en la obra de Savigny. En este punto y en las pags. sgtes. nos basamos fundamentalmente en el trabajo de O. SANDROCK Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht Colonia 1966. pp 34ss. Entre nosotros, clásico sobre el tema es el trabajo de DE CASTRO ADC (1961) pp 295-341.

²²⁰ L. RAISER Das Recht pp 277 ss vid. detalladamente sobre ello supra § 6.II. la exposición de la obra de Raiser y, entre nosotros, del trabajo de DE CASTRO "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes" ADC (1961) pp 295-341..

normal de las relaciones económicas correspondientes²²¹. Raiser llama la atención, sin embargo, sobre el hecho de que "el contenido de justicia de las distintas normas dispositivas es cuantitativamente diferente"²²². Así, algunas responden simplemente a criterios de conveniencia u oportunidad mientras que otras obedecen a criterios de justicia. Entre nosotros, fue De Castro el introductor de estas ideas insistiendo en el carácter normativo del Derecho dispositivo y en los límites a la derogación del mismo por medio de condiciones generales²²³.

3. Sobre estas bases, la doctrina actual suele distinguir dentro de las normas del Derecho dispositivo entre reglas materiales de interpretación²²⁴ y reglas integradoras²²⁵. Las primeras establecen "un resultado

²²¹ Obsérvese que, nuevamente, los dos contenidos atribuidos tradicionalmente al Derecho dispositivo, ser expresión de lo normal y de lo bueno aparecen conjuntamente. Vid al respecto SCHMIDT-RIMPLER Festschrift Raiser p 6.

²²² RAISER Das Recht p 295; contra WOLF § 9.66 quien señala que lo importante es la valoración del legislador, no los motivos de la misma.

²²³ Vid. DE CASTRO ADC (1961) pp 333-337 y detalladamente supra § 6.II.

²²⁴ Por oposición a las reglas formales de interpretación, esto es, a los arts. 1281-1289 CC.

²²⁵ Por todos, LARENZ Schuldrecht. AT § 19 II e pp 338ss. En una obra muy anterior, EHRLICH (Das zwingende und nicht zwingende Recht im BGB (1900) apud SANDROCK Ergänzende Vertragsauslegung pp 40ss) distinguía hasta cuatro tipos de normas dispositivas: a) las reglas interpretativas, que tratan de aproximarse todo lo posible a la intención de las partes; son normas que tratan de "adivinar" la intención de las partes (Ejs: art. 1127, 1138 1171, 1167, 1676 CC...) b)

interpretativo que ha de considerarse como contenido de la declaración en la hipótesis de que del caso concreto no se desprenda un significado distinto"²²⁶. Estas normas se apoyan en la autonomía privada y tienen la finalidad de evitar la nulidad del contrato o la aplicación del criterio de equidad del art. 1289 CC cuando la indeterminación afecte a elementos esenciales²²⁷. Es decir, sólo se aplican en la duda- cuando no hay dato alguno que permita reconstruir la regulación de las partes- y cuando pueda suponerse que serían aceptadas por las partes²²⁸. Frente a ellas, las normas integradoras valen "por fuerza del Derecho" y no se aplican únicamente cuando las partes hubieran pactado algo distinto²²⁹: regula aspectos omitidos en la

Disposiciones integradoras, que regulan supuestos en los que las partes no han pensado en absoluto al celebrar el contrato. Tales normas son extraídas de los principios generales (el ejemplo paradigmático es el caso de la imposibilidad de la prestación). c) Reglas asistenciales o protectoras de una de las partes (por ejemplo, el art. 1527 CC sobre la liberación del deudor que paga al antiguo acreedor desconociendo la cesión; o la regla del art. 1469 II CC sobre la posibilidad para el comprador de "rescindir" el contrato cuando la caída del inmueble sea un 10 % inferior a la pactada). d) Normas que codifican usos. Pothier daba como ejemplo la responsabilidad por evicción. A los efectos que aquí interesan nos basta con la clasificación bipartita expuesta en el texto.

²²⁶ Vid nota anterior.

²²⁷ Vid. para el Derecho alemán D. MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Heidelberg 1982, p 122 nº 341; LARENZ Schuldrecht pp 338-339.

²²⁸ STAUDINGER/DILCHER BGB12 Berlín 1980 §§133-157 nº 13.

²²⁹ Vid autores citados en nota anterior.

regulación de las partes²³⁰.

La diferencia suele ser de formulación (las reglas interpretativas contienen expresiones como "en la duda") pero sobre todo, de función: las reglas interpretativas eliminan dudas, inexactitudes, ambigüedades mientras las integradoras cubren aspectos no regulados por las partes. También suele afirmarse que hay diferencia en la "pretensión de validez", mayor en las reglas integradoras, ya que para su aplicación basta con que las partes no hayan dispuesto algo distinto, y menor en las reglas interpretativas, las cuales, por responder a la autonomía privada, han de ser aplicadas para integrar el contrato de acuerdo con todas las circunstancias del caso²³¹. En cuanto a su contenido de justicia material, suele señalarse que en las reglas interpretativas es escaso, e importante en las de integración²³². De todas formas, esto no significa que las reglas interpretativas carezcan de él, porque en la mayor parte de las ocasiones, lo razonable es también lo justo²³³.

Así, pues, generalizando, puede afirmarse que el Derecho dispositivo tiene como función descargar a las partes de la necesidad de regular detalladamente sus relaciones y de auxiliarles cuando el contenido de la regulación pactada resulte dudoso o ambiguo²³⁴. La distinción de la que nos hemos ocupado debe ser, en alguna medida, relevante a la hora de determinar los supuestos excepcionales en los que resulte legítimo

²³⁰ Vid. también SOERGEL/SIEBERT/KNOPP § 157 no 106

²³¹ Así, MEDICUS AT p 122 ; más estricto PALANDT/HEINRICHS BGB 45 § 133 5 e) y BECKER Die Auslegung des § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz Heidelberg 1986. p 101.

²³² MEDICUS AT p 122.

²³³ Vid. BECKER Auslegung pp 99 ss, p 102 quien correctamente entiende que también las reglas interpretativas materiales pueden servir de criterio para medir el carácter abusivo de una condición general. Vid también WOLF JZ (1974) p 43.

²³⁴ Vid. MEDICUS AT p 122; SANDROCK Ergänzende Vertragsauslegung pp 33-34 y para una visión económica de esta función, PAZ-ARES ADC (1981) pp 671ss.

preterir el Derecho dispositivo en favor de otros instrumentos de integración de lagunas contractuales.

En este punto deben tenerse en cuenta, además, dos aspectos fundamentales.

a) En primer lugar que, como regulación general, el Derecho dispositivo contiene una normativa típica, regulación que contratantes ideales -en la visión del legislador- hubieran pactado: "el resultado es una esquematización de la valoración de intereses en el que las circunstancias del caso no se tienen en cuenta"²³⁵. Por tanto, su aplicación ha de ir precedida de un examen del supuesto concreto que determine si la subsunción es posible y correcta o no.

b) En segundo lugar que, el Derecho dispositivo sufre en la actualidad "un creciente déficit regulativo"²³⁶ debido a que unas normas pensadas para la sociedad de finales del siglo pasado se adaptan en medida decreciente a las necesidades del tráfico actual²³⁷. Primero, gran cantidad de contratos no estén regulados y no sólo contratos nuevos como el franchising o el factoring, sino contratos "clásicos" que nuestros Códigos no recogieron, como la mediación o el suministro²³⁸, o lo hicieron muy escasamente, como el

²³⁵ SANDRODCK Ergänzende Vertragsauslegung p 44; BUNTE NJW (1984) p 1147.

²³⁶ PAZ-ARES ADC (1983) p 673,

²³⁷ P. SCHLECHTRIEM Schuldrechtsreform. Voraussetzungen, Möglichkeit und Gegenstände Heidelberg 1987 p 50; H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 165; BUNTE NJW (1984) p 1147; ULMER NJW (1981) p 2026 y entre nosotros MENENDEZ Centenario p 44.

²³⁸ Vid SANCHEZ CALERO Centenario pp 226-228.

arrendamiento de servicios. Segundo y sobre todo, los que lo están, parten de un modelo que se ha diversificado en la actualidad, como podría demostrarse examinando únicamente el caso de la compraventa. Por estas razones, sólo desde un positivismo exacerbado se podría pretender la aplicación del Derecho dispositivo sin atender a si se adapta o no al contrato efectivamente celebrado por las partes. Junto a él, adquieren importancia creciente otros instrumentos de integración de los contratos, como la "naturaleza" de los mismos, los usos del tráfico, la interpretación integradora y el desarrollo jurisprudencial del Derecho al que se refiere el art. 1 6º CC.

VIII. La extensión del Derecho dispositivo.

Examinada la función que corresponde al Derecho dispositivo, corresponde analizar ahora brevemente qué ha de entenderse por Derecho dispositivo, a los efectos de sustituir las cláusulas de condiciones generales que se consideren ineficaces.

La primera cuestión que se plantea la doctrina es si deben entenderse también como regulación dispositiva las normas metodológicas, esto es, las llamadas reglas formales de interpretación, o sólo forman parte del Derecho dispositivo las normas con contenido material de regulación. Algunos autores y la jurisprudencia alemana²³⁹ incluyen dentro de la expresión "disposiciones legales" que utiliza la AGBG (§ 6 II) también los preceptos destinados a la interpretación de las declaraciones de voluntad (§ 133 BGB) y de los contratos (§ 157 BGB). La doctrina mayoritaria, sin embargo, entiende que la referencia está hecha sólo a

²³⁹ BUNTE NJW (1984) p 1147; BGH 1.2.1984 (NJW 1984 p 1177).

las normas legales con contenido material, esto es, a aquellas cuyo contenido puede sustituir a las condiciones generales abusivas²⁴⁰. La discusión no tiene demasiada trascendencia práctica puesto que se llega a parecidas conclusiones²⁴¹, esto es, a la aplicación de la interpretación integradora del contrato (ex § 157 BGB) como regulación secundaria en caso de inexistencia o inadaptación del Derecho dispositivo, aplicación que la doctrina minoritaria basa en que el § 157 es también una "disposición legal" en el sentido del § 6 II AGBG y la mayoritaria en la propia función de la institución. A nuestro juicio, y antes de trasladar la discusión a la aplicación de los arts 1281-1289, 1258 CC y 57 C de C. debe recordarse que en Alemania, la respuesta se basa en un análisis del procedimiento legislativo y en la contradicción con los §§ 9ss AGBG, ya que, si la interpretación integradora formara parte de las disposiciones legales, en el caso de que una exención de responsabilidad fuera ineficaz, habría que entender que el predisponente no responde por culpa leve, porque tal es lo que, de acuerdo con los usos del tráfico, sucede²⁴². Por lo tanto, y en general, puede afirmarse que estas normas interpretativas formales no tienen eficacia supletoria directa, sino que son normas imperativas dirigidas, no a las partes, sino al juez, sobre la forma en que ha de interpretar e integrar los contratos, y por lo tanto, que su aplicación no depende de la ineficacia de las condiciones generales²⁴³.

Respecto a lo que deba entenderse por Derecho dispositivo, existe amplio acuerdo en que incluye, en primer lugar, la regulación legal del tipo contractual en cuestión (así arts. 1445 ss CC para la compraventa civil), en segundo lugar, las disposiciones generales sobre los contratos (arts 1254ss CC) y sobre las obligaciones (arts. 1008 ss CC) aplicados directamente o

²⁴⁰ Vid. ampliamente H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 159-160; ULMER/SCHMIDT § 6.39 con más indicaciones.

²⁴¹ Salvo E. SCHMIDT JuS (1987) p 935. Vid al respecto infra XIII.

²⁴² E. SCHMIDT JuS (1987) p 935.

²⁴³ Como señala DE CASTRO (Derecho Civil p 399) estas normas forman parte de las imperativas que se aplican al contrato con independencia de la voluntad de las partes y, consiguientemente de la existencia o no de regulación para un punto concreto.

por analogía; Además, suele incluirse el desarrollo e interpretación que de las normas legales ha hecho la jurisprudencia, así como los principios generales del Derecho de los contratos y el Derecho consuetudinario²⁴⁴.

a) Más detalladamente, debe considerarse incluidas dentro del Derecho dispositivo las denominadas normas interpretativas materiales en cuanto tienen -en este punto no hay diferencia alguna con las normas integradoras- una función supletoria, lo que las hace aptas para sustituir a las cláusulas ineficaces²⁴⁵. Sin embargo, su ámbito de aplicación es normalmente más reducido por dos motivos: en primer lugar, porque su contenido de justicia es normalmente menor que el de las normas integradoras, por lo que podrán "derogarse" por medio de condiciones generales con mayor facilidad, entendiendo la derogación como sustitución de la regla del derecho dispositivo por otro tipo de norma; y en segundo lugar, en muchos casos, del propio contrato podrá deducirse la regulación adaptada al mismo sin necesidad de recurrir a la presunción legal²⁴⁶.

b) Como se ha señalado, también forma parte del Derecho dispositivo y tiene por tanto, también función sustitutoria, la concreción y el desarrollo que del

²⁴⁴ Vid LINDACHER § 6.6; ULMER/SCHMIDT § 6.39; PALANDT/HEINRICHS § 6.3. Contra NEUMANN Reduktion p 153.

²⁴⁵ Correct. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 162.

²⁴⁶ Vid infra X y DIEZ-PICAZO Fundamentos pp 428 y 538 como dos ejemplos de esta forma de aplicación.

mismo haya hecho la jurisprudencia. Aquí se incluye tanto la interpretación jurisprudencial de las normas legales como su aplicación analógica y el llamado desarrollo judicial del Derecho o Derecho judicial ex art. 1.6 CC²⁴⁷.

c) Respecto a los contratos que carecen de regulación legal, pero que constituyen un tipo usual, el recurso a la regulación que para el mismo hayan desarrollado la jurisprudencia y la doctrina parece una solución que cae por su propio peso. Así, se ha afirmado que "quien al celebrar un contrato correspondiente a un tipo usual, no quiere que se le aplique la regulación acorde con dicho tipo puede pactar algo diferente. Pero si no lo hace, ha de considerarse que a dicho contrato le es aplicable respecto a las cuestiones no reguladas, la regulación que típicamente se considera adecuada al mismo"²⁴⁸.

IX. Insuficiencia del Derecho dispositivo.

1. El recurso al Derecho dispositivo aún ampliado con el llamado Derecho judicial, no ofrece sin embargo, una regulación sustitutiva para todos los supuestos

²⁴⁷ Así, por ej. las limitaciones al ejercicio de la facultad de resolución en los contratos con duración indeterminada como concreción de la buena fe, la imposición de deberes accesorios al deudor, la cláusula rebus sic stantibus, los contratos a fecha fija, la utilización alternativa de las acciones edilicias y las acciones por incumplimiento, el enriquecimiento injusto etc.

²⁴⁸ Vid BEHR ACP 185 (1985) p 417.

posibles. El denominado déficit de regulación del Derecho dispositivo al que se ha hecho referencia se plantea en dos formas diferentes: En primer lugar, como inexistencia de regulación, sobre todo para aquellos contratos que han aparecido con posterioridad a la codificación y que no han sido objeto de regulación legal. Son los llamados por la jurisprudencia "contratos innominados o atípicos". En segundo lugar, como inadaptación de la regulación legal debida a las modificaciones que el tipo legal ha sufrido en la práctica. Esta inadaptación puede provenir, bien de alteraciones del tipo legal, bien de alteraciones en las necesidades prácticas.

En el ámbito de un estudio sobre la integración de contratos con condiciones generales ineficaces resulta especialmente importante detenerse en el examen de los supuestos más importantes de inadaptación o inexistencia de Derecho dispositivo por dos razones. En primer lugar, porque es la inexistencia (integración) o la inadaptación (interpretación integradora) del Derecho dispositivo los criterios que justifican el recurso a otros instrumentos de integración. En segundo lugar porque, según vimos al analizar la función económica de las condiciones generales, en muchos casos, éstas son una respuesta frente a estas carencias de reglas legales seguras y adaptadas lo que hace que la mayoría de estos contratos nuevos no cuenten con otra regulación que la que se deduce de las condiciones generales que utilizan las empresas que los llevan a cabo.

2. a) No existe regulación legal para la mayoría de los nuevos contratos. Aquí pueden incluirse el factoring, el franchising, la concesión, el contrato de tarjeta de crédito, el acceso al sistema informático de los bancos, la instalación de máquinas automáticas, los contratos de abono a publicaciones periódicas, la televisión por cable, el préstamo de videos, la utilización de cajeros automáticos, el servicio telefónico²⁴⁹..., contratos todos ellos cuya regulación se ha desarrollado por medio de condiciones generales.

b) Tampoco existe regulación para contratos "clásicos" que sin embargo no fueron recogidos en el Código Civil o el de Comercio: mediación, contrato estimatorio, suministro... En estos casos, sin embargo, la ausencia de regulación legal no es tan dramática porque, precisamente debido a su tradición, cuentan ya con soluciones más o menos seguras aportadas por la doctrina y la jurisprudencia.

3. En otros casos, el contrato puede tener regulación legal, pero existir diferencias sustanciales entre el tipo legal y el tipo usual, configurado, las más de las veces por condiciones generales. Mencionaremos aquí algunos ejemplos donde queda clara la inadaptación de la regulación legal.

a) El primero de ellos puede ser el de la compraventa civil. El legislador tenían en mente sobre todo, el contrato con objeto determinado en forma específica²⁵⁰ "ya que se presupone que ha examinado la

²⁴⁹ Regulación aprobada por la Res. 9.7.1982 de la Delegación del Gobierno en la Telefónica. Dicha regulación sólo tiene carácter de condiciones generales, puesto que no se trata de una regulación elaborada por la compañía que el delegado del Gobierno aprueba.

²⁵⁰ Nótese sólo que el vendedor no responde de los vicios aparentes art. 1484 in fine CC.

cosa y si se ha decidido a contratar es porque la aceptaba tal como estaba"²⁵¹. En la compraventa en la que el objeto de la obligación se determina de forma genérica "teniendo en cuenta que la especificación de la cosa se produce normalmente en el momento de la entrega, el vendedor será responsable de los defectos aparentes"²⁵². En estos casos, en el momento de contratar, el comprador no tiene a la vista la cosa, por lo que no puede basar su decisión en el estado aparente de la misma. Por otro lado, en la época de la codificación no se había producido todavía la transformación de la producción artesanal a la producción en masa ni los objetos vendidos tenían la complejidad de la maquinaria que hoy se vende. Los redactores del Código establecieron, consecuentemente, unos plazos para el ejercicio de las acciones edilicias que hoy no pueden considerarse en absoluto adaptadas a las compraventas de maquinaria cuyo buen o mal funcionamiento sólo se demuestra transcurrido un periodo más largo de tiempo²⁵³. Esto ha llevado a que la jurisprudencia haya tratado de proteger al comprador por otras vías, básicamente mediante la consideración como civiles de compraventas claramente mercantiles y la aplicación simultánea de las acciones por incumplimiento en casos de vicios ocultos²⁵⁴.

Incluso en cuanto a los remedios que el Código ofrece en caso de vicios ocultos, se está pensando en cosas específicas y lógicamente no se prevé la posibilidad de la sustitución del objeto defectuoso por uno en perfecto estado, o la posibilidad de reparar.

b) En cuanto al precio, el Código parte de su fijación por acuerdo de las partes en el momento de la celebración o por referencia a un dato objetivo (mercado, bolsa) o remitido al arbitrio de un tercero, sin permitir expresamente la posibilidad de que quede fijado por una de las partes²⁵⁵, regulación a todas luces excesivamente rígida cuando las transacciones-para reducir los costes de negociación- se realizan a una velocidad muy superior a la que se concluían en el pasado. Ello ha llevado a la doctrina a afirmar que "hasta qué punto la prohibición in genere del arbitrio de una de las partes se ajusta al Derecho histórico, al Derecho comparado y a la misma realidad jurídica es cosa que precisa algún examen"²⁵⁶. Añadiendo que "la remisión

²⁵¹ ORTI VALLEJO RDP (1987) p 124.

²⁵² ORTI VALLEJO ibidem y STS cit. 24.11.1966.

²⁵³ Vid. sólo STS 3.3.79 (Ar 1184).

²⁵⁴ Vid por todas, STS 7.1.1988 (Ar 117).

²⁵⁵ Vid art. 1449 CC.

²⁵⁶ DIEZ-PICAZO Fundamentos p 155.

de la determinación del objeto contractual al arbitrio de una de las partes parece admitida en muchos casos por el uso de los negocios²⁵⁷. Las dificultades en las que esta regulación ha puesto a la jurisprudencia, pueden observarse en un somero análisis de la misma. Hay

²⁵⁷ DIEZ-PICAZO ibidem: parece que a lo que el profesor Diez-Picazo se refiere es al hecho de que se presume que si las partes no dijeron nada expresamente, es porque el comprador había aceptado el precio que usualmente exigía el vendedor, o el que usualmente suele cobrarse en el sector del tráfico concreto. Si no se entendiera así, estaríamos ante un uso contra legem y por tanto, inadmisibile. Sobre el arbitrio de una de las partes desde el Derecho Romano a la codificación y la distinción entre merum arbitrium y arbitrium boni viri puede verse E. ALBERTARIO "L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione" y "La nullità dell'obbligazione per l'indeterminatezza della prestazione" en Studi di Diritto Romano vol III. Obbligazioni Milán 1936 pp 285-310 y 311-327. Según este autor, los juristas clásicos consideraban que la obligación cuya prestación estuviera remitida a la determinación por un contratante (en general por el deudor) debía considerarse nula como una obligación con prestación indeterminada. Los justinianeos, por el contrario admiten la validez de la misma condicionada a la circunstancia de que el contratante se comporte como un bonus vir, es decir, que no se trate de un mero arbitrio sino de la decisión de una persona honrada. Esta evolución se debió a la influencia de la patrística y de la teoría del precio justo, de la que sería una muestra el art. 1167 CC del que luego nos ocuparemos al hablar de la interpretación integradora. Supone, por tanto, un cambio en la consideración de las partes, no como egoistas, sino como personas que deben compatibilizar los intereses de una con los de la otra (p 310). La distinción entre arbitrium merum y arbitrium boni viri, sería -según ALBERTARIO- justinianeas, y de ahí habría pasado a los Códigos (vid. ej. p 325). De la comparación parece deducirse que el codificador español fue más riguroso en este punto (comp. por ej. el art. 1690 II CC con el 1854 CC francés y el 1718 Código italiano de 1865. El CC español no admite el pacto por el que se encomienda a un socio el reparto de ganancias, mientras que dicho pacto es admitido por el francés. Vid también en sentido contrario, el art. 1128 CC (ALBERTARIO p 327) que encomienda a los tribunales la fijación de la duración del plazo cuando ésta no se hubiera fijado o se hubiera dejado a voluntad del deudor, supuesto en el que no se declara nula la obligación pero tampoco se admite su determinación por el deudor.

decisiones para todos los gustos²⁵⁸. Desde las que admiten sin más que el precio quede fijado por el vendedor²⁵⁹ o que el precio sea el que el vendedor practica usualmente, a la negativa a admitir en nuestro Derecho la llamada "venta con precio de vendedor"²⁶⁰ a la atribución al juzgador de poder para determinar el precio como cuestión de hecho (STS 12.6.1984 -Ar 3233-), pasando por admitir la existencia de precio cierto "cuando pueda inferirse por tasación pericial conforme al coste de los materiales y mano de obra (STS 9.6.1976 -Ar 2693-) o conforme a las "tarifas oficiales" (STS 30.5.1987 -Ar 4548-) pero no, sin embargo, por medio de "la prueba pericial (que) puede llegar a determinar el justo valor de una cosa, mas no el precio de su venta, en el que intervienen otros elementos además del valor, la afección la necesidad etc (STS 16.11.1966 ADC 1967 p 445) o admiten la existencia del mismo cuando existan precios usuales (STS 23.11.1976 -Ar 5054- y 28.4.1978 -Ar 1460-) o cuando las partes han ejecutado el contrato (STS 30.6.1972 -Ar 3631-).

Sin poder realizar aquí un análisis detenido del problema, una solución podría venir apuntada por la regla establecida en el art. 1547 CC respecto al contrato de arrendamiento en el que no consta el precio. En ese caso, el arrendatario devolverá al arrendador la cosa arrendada abonándole por el tiempo que la haya disfrutado "el precio que se regule". Aunque el precepto establece probablemente sólo la norma sobre liquidación de la relación tratando de evitar el enriquecimiento del arrendatario por falta de prueba del precio, el precepto parece remitirse a la equidad o a lo que es usual, como hace expresamente el art. 277 C de C. respecto a la falta de fijación del premio para el comisionista²⁶¹. Esta solución se corresponde con las necesidades y

²⁵⁸ Vid la recopilación realizada por F. LUCAS FERNANDEZ "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales" ADC (1983) p 1469ss. STS 12.6.1984 : "Como tiene reiteradamente declarado esta sala, el precio existe no sólo cuando se acredita su fijación previa, sino también cuando encargada una obra sin adecuada justificación de las bases para determinar su coste, lo aprecia el juzgador fijándolo en una determinada cantidad deducida del resultado de los medios de prueba practicados... El principio de buena fe posibilita por su propia esencia y naturaleza el adoptar los aspectos cuantitativos a los módulos adecuados en correcta ponderación objetiva".

²⁵⁹ STS 28.4.1978 (Ar 1460) la cláusula "tarifas oficiales" es válida e implica sumisión a las tarifas del vendedor.

²⁶⁰ STS 13.4.1982. (Ar 1947)

²⁶¹ Vid. DE CASTRO Negocio p 47: "precio usual o normal".

concepciones del tráfico. En otros casos, el precio usual puede venir impuesto por la buena fe y la responsabilidad por confianza. Si el cliente contrata en la creencia que el precio será el usual, y el arrendatario de los servicios -verbigracia- está pensando en un precio no usual pero guarda silencio sobre el mismo, puede serle imputable haber hecho creer a la otra parte que el precio sería el habitual en estos supuestos. Cuando el contrato no se ha ejecutado, la solución puede ser distinta. Si alguien entra en un comercio y sin saber el precio emite su declaración aceptada concluyentemente por el vendedor -separando la mercancía y colocándola en el mostrador- y posteriormente al conocer el precio, el comprador decide no comprar, porque el precio no responde a sus expectativas, debe considerarse que el contrato no ha quedado perfeccionado.

c) La regulación del Código parte asimismo de la idea de que, fijada la prestación, ésta no puede ser modificada sino por novación acordada por las partes (arts. 1091, 1256, 1278 CC) sin prever la posibilidad de modificación unilateral de la misma, lo que -sobre todo- en los contratos con largo periodo de ejecución- puede ser una necesidad insoslayable para permitir el mantenimiento del equilibrio entre las prestaciones. Si las partes no han establecido cláusulas de adaptación, o estas resultan ineficaces²⁶², la aplicación del principio legal puede llevar a resultados manifiestamente injustos. En la práctica actual, la mayoría de las condiciones generales de contratos de duración contienen cláusulas que permiten modificar la prestación. De ahí que el AP permita en su art. 10 al predisponente reservarse la facultad de modificar la prestación convenida cuando exista una razón objetivamente justificada y se realice de manera adecuada a las nuevas circunstancias. Lógicamente, si la cláusula de adaptación o modificación es abusiva (por ej. porque la "razón" que permite la modificación no está justificada, o porque la modificación beneficia exageradamente al predisponente), y por tanto ineficaz, el recurso al Derecho dispositivo no ayuda mucho porque remite dicha problemática a las partes y no regula la forma en que habrá de hacerse la adaptación.

d) Los ejemplos podrían multiplicarse²⁶³, pero para

²⁶² Vid RDGRN 7.9.1988 (Ar. 7000).

²⁶³ Vid sólo los problemas que plantea el nominalismo en las deudas de dinero en épocas de alta inflación STS 27.11.1986: cuatro millones de 1970 sin alteración a 1986, o el contrato de obra que ha exigido un importante esfuerzo de actualización por parte de la jurisprudencia, ya que han aparecido "personajes", hoy habituales como la figura del promotor, ni siquiera recogidos por la regulación del código civil, donde "ni

no extendernos nos referiremos por último al art. 1167 CC que establece que "cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior"²⁶⁴ respecto del cual se ha señalado que la concepción a la que obedece-criterio de calidad media- "es seguramente anacrónica y responde a las coordenadas de un tipo de comercio muy poco diferenciado y poco preocupado por la calidad de los productos"²⁶⁵ y que se afirme que "la diversificación de los productos que el desarrollo industrial y comercial ha provocado hace que la designación de la cosa objeto de la prestación sea bastante más precisa en la realidad que la prevista por el legislador, haciendo prácticamente inútil el precepto analizado"²⁶⁶.

4. Por lo tanto, podemos concluir que si bien el Derecho dispositivo -en sentido amplio- constituye la fuente básica de integración del contrato, no puede ser un instrumento exclusivo debido a las insuficiencias y envejecimiento que ha sufrido. De hecho, al analizar las funciones que desarrolla la utilización de condiciones generales, expusimos entre otras, la llamada función de seguridad jurídica²⁶⁷. De acuerdo con ella, las condiciones generales habrían sido una respuesta de los particulares frente a la insuficiencia e inadaptación del derecho dispositivo. Ahora interesa

siquiera... las figuras clásicas -comitente y constructor- son reproducidas en la práctica con los mismos caracteres con que el Código las configura" F. CAPILLA Comentario al art. 1678 en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por Albaladejo tomo XXI vol 1º p 148-

²⁶⁴ Sobre el precepto vid. CAFFARENA ADC (1985) pp 909-940.

²⁶⁵ DIEZ-PICAZO Fundamentos p 497 y CAFFARENA ADC (1985) p 915.

²⁶⁶ DIEZ PICAZO Fundamentos p 497.

²⁶⁷ Vid supra § 2.V.

únicamente señalar estas insuficiencias de modo que pueda justificarse el recurso a otros instrumentos de integración.

X. Instrumentos alternativos para la integración del contrato: la interpretación integradora del contrato.

1. Si el recurso al Derecho dispositivo como regulación sustitutiva exclusiva resulta insuficiente, será menester examinar de qué otros instrumentos dispone el juez para dotar de regulación al contrato concreto. Estos son, básicamente, dos: la llamada interpretación integradora del contrato y la integración stricto sensu. De ellas nos ocupamos en las próximas páginas, adelantando ahora algunas observaciones imprescindibles para la comprensión de lo que en adelante se dirá.

En primer lugar, y en lo que hace a la interpretación integradora, debe señalarse que, en realidad, los problemas que se discuten bajo este tema giran en torno a una cuestión que puede plantearse de manera bastante simple: se trata de determinar en qué supuestos el contrato debe integrarse recurriendo al Derecho dispositivo y en qué supuestos puede o debe prescindirse del Derecho dispositivo y recurrirse a otros instrumentos de integración. Con ello no queremos decir que sea legítimo dejar de aplicar las normas legales cuando (existiendo), según la sensibilidad del juez no se adaptan al caso objeto de juicio. En muchos

supuestos, lo que sucede es que se parte de la convicción de que la solución "justa" sólo puede legitimarse fuera de la ley²⁶⁸. El riesgo inmediato es, lógicamente, que el destino de la solución judicial depende absolutamente de que se admita o no el punto de apoyo extralegislativo.

En segundo lugar, y en lo que hace a las relaciones entre interpretación integradora e integración, conviene señalar dos cosas: primero, que, a nuestro juicio, no existen diferencias metodológicas entre ambas²⁶⁹. Las dos se apoyan, materialmente en los usos y en la buena fe para determinar la regulación cobertora de la laguna contractual y, formalmente, en el art. 1258 CC y 57 C de C. Segundo, que ambas tienen un fundamento diferente. La interpretación integradora se legitima por la autonomía privada, o lo que es lo mismo, por la "voluntad hipotética". La integración, en cambio, se justifica por la "fuerza del Derecho" y la obligación de los jueces de resolver todas las cuestiones que se les planteen (argumento ex art. 1.7 CC). Consecuentemente, la interpretación integradora se aplica frente al Derecho dispositivo, mientras que a la integración se recurre a falta de Derecho dispositivo. O dicho de otra forma, la interpretación integradora es un instrumento integrador alternativo al Derecho dispositivo y la integración simplemente subsidiario.

²⁶⁸ PICKER "Richterrecht oder Rechtsdogmatik-Alternativen der Rechtsgewinnung?" JZ (1988) p 67.

²⁶⁹ Así, en su crítica a LARENZ, WIEACKER JZ (1967) pp 385-391. El juez actúa igual en los dos casos.

2. Por interpretación integradora del contrato²⁷⁰ se entiende aquella integración de lagunas contractuales que tiene lugar obteniendo la regulación sustitutiva mediante una interpretación del contrato en su conjunto. Por lagunas contractuales se entienden aquellos aspectos de la relación contractual que estando necesitados de regulación no han sido regulados expresamente por las partes. Se trata, por tanto, de una "incomplitud" contraria al plan de las partes²⁷¹.

Su formulación más acabada se debe a los trabajos de Oertmann y Larenz²⁷². En la formulación de Oertmann, la interpretación integradora se refiere a aquellas cuestiones que no han quedado reguladas expresamente por las partes, pero cuya regulación resulta de la totalidad del contrato y de la finalidad perseguida por las partes con su celebración. Aquí no se trata de interpretar las declaraciones concretas, sino que se interpreta el contrato in totum. Esta idea parte de la base de que del contexto del negocio se desprende un significado más

²⁷⁰ La interpretación integradora del contrato es una figura construida y desarrollada por la doctrina alemana con apoyo formal en el § 157 BGB. Este precepto establece que los contratos se interpretarán de acuerdo con la buena fe y los usos del tráfico. El apoyo es más bien formal y la doctrina señala que habría podido hablarse igualmente de interpretación integradora sin que dicho precepto existiese.

²⁷¹ Vid. por todos LARENZ NJW (1963) p 737.

²⁷² No hemos podido utilizar los trabajos de Oertmann al respecto y la cita a continuación se hace apud K. LARENZ Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts Frankfurt-Berlin 1960 reimpr. de la 1ª ed (1930).

amplio que el que se consigna en cada una de las singulares declaraciones. Por lo tanto, lo que se deduce del conjunto del contrato pero no ha sido regulado expresamente por las partes, es también atribuible a las partes mismas y vale como querido por éstas²⁷³. La operación es similar a la integración de lagunas legales obteniendo normas de la finalidad de la normativa²⁷⁴. Como criterio para determinar el modo de cubrir la laguna contractual, Oertmann se remite a la voluntad hipotética de las partes. Larenz rechazará el criterio (subjetivo) de la voluntad hipotética de las partes y se remite exclusivamente a la finalidad y a la conexión de sentido del contrato²⁷⁵. Cualquiera de los criterios remite, en última instancia a los usos o la buena fe, de los cuales puede deducirse una regulación adecuada al contrato efectivamente celebrado por las partes.

La aplicación de criterios subjetivistas y objetivistas aunque se mantiene hasta hoy, resulta bastante estéril, porque puede considerarse que aún empleando diversos términos, se les dota a todos ellos de un contenido similar. Por lo tanto, nosotros no tendremos en cuenta la distinción.

3. La diferencia entre la interpretación en sentido estricto y la interpretación integradora, se concreta afirmando que la primera trata de averiguar el significado de las singulares declaraciones de voluntad, mientras que la interpretación integradora trata de averiguar el significado del negocio como un todo que

²⁷³ Apud LARENZ Auslegung p 95.

²⁷⁴ LARENZ Auslegung p 96.

²⁷⁵ Vid LARENZ ibidem 96-107.

consta de varias declaraciones y cuyo significado es más amplio que el de las singulares declaraciones²⁷⁶. La distinción entre interpretación integradora e integración en sentido estricto consiste en que la interpretación cubre todos aquellos efectos o consecuencias ("consecuencia evidente") del negocio que se derivan necesariamente del conjunto y del contexto del negocio resultando, no de una valoración psicológica, sino de una valoración estrictamente jurídica²⁷⁷. La interpretación integradora se produce en tanto la disposición integradora pueda y deba considerarse como una consecuencia del conjunto del negocio de una manera comprensible para las partes de acuerdo con la buena fe. Por lo tanto, no hay que remitirse a la hipotética voluntad de las partes²⁷⁸, sino simplemente a las posibilidades de comprensión de las mismas partes y consecuentemente averiguar lo que ha de considerarse justo y adecuado: lo importante es el carácter razonable del significado atribuido²⁷⁹.

El ámbito de la integración empieza justo donde la disposición integradora no puede atribuirse a la declaración o al contrato como un todo:

"Interpretación e integración son dos funciones diferentes de la aplicación del Derecho: ambas persiguen la misma meta: hallar la regulación

²⁷⁶ LARENZ ibidem p 101.

²⁷⁷ LARENZ ibidem p 102.

²⁷⁸ "Si las partes lo hubieran querido si hubieran pensado en ello es irrelevante" LARENZ ibidem.

²⁷⁹ LARENZ ibidem pp 103-104. Comp. con la crítica que hoy hace LOPEZ LOPEZ Comentarios p 7 siguiendo a LACRUZ.

<<correcta-justa>>, es decir, adecuada, que responda a la finalidad equitativa de una relación jurídica individual. Ambas tienen como criterio último lo que exige <<la buena fe atendiendo a los usos del tráfico>>; ambas exigen un método teleológico y normativo, pero ambas sirven a esta finalidad de manera diferente. La interpretación parte de las circunstancias del caso, de las posibilidades de comprensión individual de las partes, de las particularidades de sus relaciones vitales, de su particular uso del lenguaje y de sus restantes relaciones. Intenta averiguar el significado individual de una declaración. La integración, por el contrario, tiene en cuenta, más bien, lo típico de un caso; busca una regulación del caso con validez general y la obtiene, o bien de una norma legal específica, o en la aplicación de los usos del tráfico y en el criterio de la buena fe. La interpretación vale sólo para el caso concreto, la misma palabra puede ser interpretada de otra forma en otro caso. La integración, por el contrario, pretende establecer una regulación que valga también para otros casos. Por lo cual la referencia a la buena fe en los §§ 157 y 242 BGB tiene un sentido algo distinto: en la interpretación de acuerdo con el § 157 el juez se coloca en el punto de vista de las partes y se pregunta por el significado que la declaración tenía para ellos; en la integración según el § 242 se coloca en el punto de vista del legislador y se pregunta qué regulación con validez general daría como legislador para ese caso"²⁸⁰.

4. Por último, la interpretación integradora plantea el problema de su relación con el Derecho **dispositivo**, problema que la doctrina mayoritaria resuelve sobre la base de adscribirla a la interpretación, de modo, que se extrae como consecuencia la preferente aplicación de la interpretación integradora respecto al Derecho dispositivo²⁸¹.

²⁸⁰ LARENZ Auslegung pp 104-105.

²⁸¹ Vid por todos LARENZ NJW (1963) p737ss p 740. La verdad es que a salvo del trabajo de Sandrock citado y los trabajos sobre condiciones generales no hay un trabajo de referencia de los últimos años sobre esta figura.

La postura minoritaria viene representada por Henckel que negó la adscripción de la interpretación integradora a la interpretación fundamentándolo en que, en su opinión, la cobertura de lagunas contractuales no podía hacerse en vía interpretativa²⁸². Esta es una tarea que, según este autor, correspondía en exclusiva al Derecho dispositivo. Si éste careciera de lagunas, entonces no se plantearía ni siquiera la necesidad de la interpretación integradora, porque la solución vendría dada por la ley. La integración del contrato -concluye Henckel- presupone por tanto una laguna en el contrato y una laguna en la ley dispositiva, lagunas que no se cubren ampliando el contenido del contrato sino "aplicando el Derecho objetivo no escrito o concretizando las cláusulas generales"²⁸³.

Larenz contestará reafirmando en sus posiciones anteriores. En primer lugar, precisando el concepto de laguna contractual y recordando que no cualquier falta de previsión legal para un supuesto de hecho concreto permite afirmar que exista una laguna, como se deducía de la exposición de Henckel²⁸⁴ sino que hace falta que cupiera esperar que dicha cuestión estuviese regulada (incomplitud contraria al plan de la ley). En lo que hace a la creación de normas mediante la concreción de cláusulas generales, Larenz recuerda que la buena fe en la interpretación integradora "entra en consideración únicamente en cuanto la misma exige de un contratante honrado que acepte aquellas consecuencias del contrato

²⁸² HENCKEL ACP 159 (1960) pp 106-126 p 117.

²⁸³ HENCKEL ACP 159(1960) p 124. En sentido parecido aunque más alla MANGOLD NJW (1961) p 2284. La oposición entre Larenz y Henckel ha sido descrita perfectamente por Knopp: "Si se limita la interpretación del contrato a la averiguación de la voluntad declarada de las partes, por ej. con el argumento de que sólo hasta ahí alcanza la voluntad de vincularse de las partes... entonces la cobertura de lagunas contractuales no puede considerarse ya como interpretación del contrato, sino como integración contractual según la medida del Derecho objetivo, en cuyo caso, la regulación debe obtenerse del Derecho legal dispositivo o desarrollarse a través de las reglas de cobertura de las lagunas legales.

Si por el contrario se entiende que la voluntad de las partes cubre además la *lex contractus* como regulación unitaria de una relación contractual que cumple una función social ordenadora... puede extraerse de la conexión de sentido del contrato una regulación más amplia todavía cubierta por la voluntad de las partes" (SOERGEL/SIEBERT/KNOPP BGB § 157 no marg. 100).

²⁸⁴ LARENZ NJW (1963) pp 737ss, p 740 y K. W. CANARIS Die Feststellung von Lücken im Gesetz Berlin² 1983 pp 53-54.

que se deducen de la finalidad del mismo aceptada o reconocida por él"²⁸⁵. Con ello Larenz diferencia dos funciones de la buena fe. En la interpretación integradora la buena fe no crea las normas (con lo que nos estaríamos refiriendo a la buena fe como cláusula general), sino que impone a los contratantes que acepten las que se deducen de la finalidad del contrato.

Sin embargo, la preferencia de la interpretación integradora sobre el Derecho dispositivo, en la concepción de la doctrina mayoritaria queda muy reducida en cuanto inmediatamente se afirma que, no obstante, es necesario distinguir entre supuestos típicos y atípicos. Así, se señala que cuando el juez se enfrenta a un contrato encuadrable en alguno de los tipos legalmente previstos, la economía procesal, el sometimiento del juez a la ley, la necesaria igualdad de trato en casos semejantes etc²⁸⁶, exigen que se aplique el Derecho dispositivo, de manera que el ámbito de la aplicación de

²⁸⁵ LARENZ NJW (1963) p 739. Obsérvese, porque será importante a efectos de delimitar la interpretación integradora de la integración, que la buena fe cumple dos funciones diferentes en este ámbito. Una como criterio de comportamiento general que impone al contratante aceptar la "validez" de determinadas consecuencias que se derivan de lo que ha aceptado expresamente, y otra como criterio del cual se deducen obligaciones concretas, accesorias.

²⁸⁶ Vid. por todos D. KNÖRINGER Vertragsauslegung und gesetzliche Beschaffungspflicht Diss. Munich 1973 pp 29-30. Un argumento añadido y de gran importancia se basa en la configuración del Derecho dispositivo como la regulación "normal" que contratantes honrados habrían establecido, es decir, como un derecho basado en la "hipotética voluntad de las partes". Como señala MAYER-MALY (MunchKomm § 157 n° 37) "como regla general puede partirse de que los particulares... dejan lo no regulado por ellos al ordenamiento legal dispositivo" (vid. tb. SOERGEL/SIEBERT/KNOPP § 157 n° 113 y LARENZ NJW (19863) p 740: el derecho dispositivo no contiene sino afirmaciones generales en forma de normas sobre lo que para los contratos de esa clase viene exigido típicamente por la finalidad del contrato).

la interpretación integradora vendría limitado a los supuestos de inadaptación del Derecho dispositivo -por su carácter abstracto y típico- al contrato realmente celebrado por las partes y a los supuestos de inexistencia de Derecho dispositivo. La inexistencia se plantea en los contratos atípicos y la inadaptación en aquellos casos en los que aún habiendo celebrado un contrato de los previstos legalmente, las partes se hayan separado del modelo legal. En concreto, la interpretación integradora es de aplicación preferente

a) cuando se deduzca del negocio lacunoso que las partes no habían querido la regulación legal dispositiva;

b) cuando la aplicación de las disposiciones legales conduzca a consecuencias distintas a las perseguidas por las partes al celebrar el contrato;

c) cuando la regulación contractual se desvíe del tipo legal correspondiente y

d) cuando el Derecho dispositivo no se corresponda -por anticuado- con las relaciones efectivamente establecidas, porque la práctica contractual se aparte normalmente del mismo²⁸⁷ y haya razones para pensar que las partes partieron del modelo usual²⁸⁸.

²⁸⁷ Vid para los supuestos enumerados MAYER-MALY MunchKomm § 157 n.º 38. Como se verá más adelante, todos estos casos parten del convencimiento de que hay elementos en el contrato -aunque no se trate de regulación expresa- que son indicios suficientemente expresivos de una intención de las partes contraria a lo establecido en el Derecho dispositivo.

²⁸⁸ Según un sector doctrinal, también sería de aplicación preferente la interpretación integradora cuando perteneciendo el contrato a un tipo regulado

Con ello, tenemos configurada la concepción de la interpretación integradora que puede considerarse hoy doctrina mayoritaria²⁸⁹. Resulta necesario, sin embargo, someterla a crítica para poder utilizarla razonablemente en nuestro Derecho. Nuestra crítica se basa en dos

legalmente, la regulación legal carece de respuesta para una cuestión concreta. Así, MAYER-MALY MunchKomm § 157 n° 38; contra CANARIS Lücken p 54 que considera este caso como un supuesto de laguna legal que, ha de cubrirse, por lo tanto, recurriendo a la analogía y SOERGEL/SIEBERT/KNOPP § 157 n° 106. En nuestra opinión la postura de estos últimos autores es la más correcta.

²⁸⁹ Vid autores citados a continuación y SOERGEL/SIEBERT BGB §157 n° 74; NEUMANN Reduktion p 117 nota 23. Interesa destacar, sin embargo, los matices que autores posteriores a Larenz han introducido. Flume adopta un punto de vista un tanto más objetivista que Larenz -quien también ha de considerarse objetivista en cuanto que como hemos señalado rechaza el criterio de la voluntad hipotética- al afirmar que la interpretación integradora no trata de averiguar lo que las partes han acordado sino qué respuesta hay que dar a algo que las partes no han regulado (FLUME Rechtsgeschäft³ p 322). Consecuentemente, se trata de encontrar la regulación para la cuestión no regulada negocialmente que sea congruente con el contenido de regulación negocial fijado por la interpretación. Se trata de averiguar qué regulación integradora "corresponde" al negocio a la vista de la regulación establecida en el mismo (similar SOERGEL/SIEBERT/KNOPP BGB § 157 n° 125: "qué consecuencias han de extraerse de las declaraciones realizadas por las partes de acuerdo con la buena fe"). Sin embargo, Flume va más allá que Larenz en cuanto afirma que la regulación obtenida en vía de interpretación integradora no puede obtenerse sólo a partir de la propia regulación del negocio, sino que para ello hace falta acudir al ordenamiento jurídico y atender a los usos del tráfico (FLUME Rechtsgeschäft p 324). Además, es necesario que el contrato pueda enmarcarse en un tipo -calificación- porque de lo que se trata es no de encontrar la regulación integradora para ese contrato sino para un contrato de ese tipo y concluye que el juez debe atender también a la totalidad del ordenamiento y a la analogía con los tipos regulados. El propio Flume reconoce que ello significa ya aplicar o desarrollar el Derecho dispositivo y sin pronunciarse al respecto señala que la interpretación integradora "está vinculada de manera más fuerte a lo individual del negocio jurídico" (FLUME ibidem).

puntos:

El primero es que, de acuerdo con lo que se expuso al inicio de este párrafo, en nuestro Derecho, el problema puede reducirse a dilucidar la siguiente cuestión: Cuando existe derecho dispositivo aplicable ¿puede dejar de aplicarse éste para integrar el contrato y recurrirse a lo que se deduciría de la buena fe y los usos? Este punto de partida es básico, a nuestro juicio para la correcta comprensión de la función que la interpretación integradora puede desempeñar en nuestro Derecho. Del mismo se deduce, lógicamente que sólo cabe plantear la cuestión de la interpretación integradora cuando exista derecho dispositivo aplicable. Por lo tanto, en los supuestos de contratos atípicos, esto es, que carezcan de regulación legal, el recurso a los usos y la buena fe (art. 1258 CC) para determinar la regulación contractual debe denominarse, de acuerdo con nuestra tradición, integración del contrato. Como veremos, la doctrina alemana, al no tener en cuenta esta premisa, llama interpretación integradora, sobre todo, en materia de condiciones generales, a operaciones que son claramente de integración contractual.

b) En segundo lugar, tampoco debe admitirse la concepción de la doctrina mayoritaria alemana en otro punto concreto. Según hemos visto, la doctrina alemana al discutir la relación entre la interpretación integradora y el Derecho dispositivo afirma que la primera es de aplicación preferente respecto del segundo, porque está basada en la autonomía privada y

porque se adscribe a la esfera de la interpretación, operación que debe realizarse con anterioridad a la integración del contrato. Sin embargo, tal afirmación queda muy reducida en cuanto que cuando se trata de un contrato típico, el sometimiento a la ley etc exige al juez que aplique primero el derecho dispositivo. Pues bien, a nuestro juicio, el problema en ese punto está mal planteado, como ha señalado Caffarena, aunque no por las razones que él alega. La interpretación integradora es siempre de aplicación preferente respecto al Derecho dispositivo, lo que sucede es que cuando estamos ante un contrato típico, y las partes no se han apartado del modelo legal, no existen datos en el contrato que autoricen al juez a realizar una interpretación del mismo diferente de la que ha realizado el legislador. Por lo tanto, en estos supuestos, no es que la interpretación integradora se aplique tras el derecho dispositivo, es que no se aplica, sencillamente porque no se da el supuesto de hecho de su aplicación: la existencia de datos en el contrato que lleven al juez al convencimiento de que las partes no habrían querido la regulación prevista por el Derecho dispositivo. Por lo tanto, en estos casos, no tiene sentido hablar de interpretación integradora.

Si se tienen en cuenta estas dos críticas, resulta sencillo aclarar la concepción de la interpretación integradora que aquí se mantiene.

Efectivamente, tal como señala la doctrina alemana, es un instrumento de cobertura de lagunas contractuales

que, sin embargo se enmarca en la interpretación del contrato, pero que no trata de interpretar las declaraciones contractuales sino el contrato como un todo, atendiendo a las exigencias de la buena fe y los usos. La buena fe exige a las partes que pasen -para determinar la regulación aplicable a supuestos no previstos expresamente por ellos- por la que se acomoda más a la finalidad perseguida por las partes al celebrarlo, a la regulación establecida para otros supuestos semejantes, a las presuposiciones de las partes etc. Atender a los usos significa que cuando estamos ante un contrato legalmente regulado pero del que existe una configuración usual diferente de la legal, y existen datos en el contrato para pensar que las partes estaban pensando en dicha configuración usual y no en la legal, la integración debe realizarse conforme a ésta y no de acuerdo con el Derecho dispositivo.

El fundamento de la interpretación integradora se encuentra en el respeto a la autonomía privada²⁹⁰, lo que justifica la inaplicación del Derecho dispositivo.

La diferenciación con la integración sensu stricto sólo es posible atendiendo al supuesto de hecho de una y otra. La interpretación integradora supone la existencia de derecho dispositivo, mientras que la integración presupone su inexistencia.

Este diseño de las relaciones entre interpretación integradora e integración nos ha sido sugerido por las

²⁹⁰ Así, entre nosotros, CAFFARENA ADC (1985) p 928.

matizaciones que, a la doctrina mayoritaria alemana, ha realizado Canaris. Tras reconocer que los límites entre interpretación integradora e integración son fluidos²⁹¹, señala que la diferencia está en que la primera se orienta según el caso concreto que ha de decidirse, mientras la integración busca una solución típica. Sin embargo, añade, frecuentemente no habrá especialidades que tener en cuenta, y por tanto no se tratará sino de hallar la solución que se desprenda de la situación de intereses típica y -citando a Flume- por tanto, la solución no para ese contrato sino para ese tipo de contratos. Si a ello se añade que el juez ha de fundamentar jurídicamente su decisión, es lógico deducir que "el juez procede aquí de la misma forma que el legislador al dictar normas dispositivas, integradoras"²⁹². La posición de Canaris elimina las diferencias entre interpretación integradora e integración cuando estamos ante un caso que carece de "especialidades". Eliminación que es posible, precisamente, porque entre la interpretación integradora y la integración no hay diferencias metodológicas. El error de la doctrina mayoritaria en Alemania consiste, precisamente, en seguir denominando interpretación integradora a las operaciones de integración cuando el caso carece de "especialidades", o -en nuestra terminología- datos que lleven al juez a una solución diferente a la del derecho dispositivo. Precisamente, esta falta de claridad en la doctrina mayoritaria ha llevado a algunos autores a negar relevancia a la distinción entre interpretación integradora basada en el § 157 BGB y la integración basada en el § 242²⁹³. La

²⁹¹ CANARIS Lücken p 53.

²⁹² CANARIS Lücken p 54. Vid también CANARIS "Grundrechte und Privatrecht" ACP 184 (1984) p 216, donde Canaris reconoce que en uno y otro supuesto no estamos en realidad, ante dos instituciones distintas, posición que, como veremos más adelante es la que mejor se corresponde con nuestra tradición legislativa y doctrinal: "La interpretación integradora (en este segundo supuestos) se encuentra al mismo nivel que el Derecho dispositivo. Porque a través de ella no se integra el contrato a partir de sus especialidades individuales, sino que se determina, simplemente lo que estaría dispuesto en el Derecho dispositivo en el caso de que existiese una regulación legal completa, es decir, no lo que es adecuado para ese contrato, sino para un contrato de ese tipo. Se trata, por lo tanto de una regulación heterónoma y no de una regulación autónoma". Si se trata de una regulación heterónoma no podemos estar ya en la interpretación.

²⁹³ En algunos autores, se produce simplemente un "oscurecimiento" de la distinción: así, FLUME Rechtsgeschäft pp 308-309 y LARENZ en la 6a ed. de su Allgemeiner Teil (Munich 1983 p 540) donde afirma que no

referencia a la buena fe que en Larenz tenía un significado diferente en ambos casos se unifica. Así, en estos autores, la buena fe es, también en el caso de la interpretación integradora, una fuente normativa: la regulación obtenida de esta forma es la que las partes comportándose honradamente y atendiendo a la exigencias de colaboración leal entre cocontratantes habrían establecido: no es que, por tanto, la buena fe imponga estar a dichas consecuencias²⁹⁴. Con ello las diferencias entre interpretación integradora e integración casi desaparecen y no faltan autores que así lo proclaman. En todo caso, a nuestro juicio, en esta "unificación" ha tenido mucha influencia el Derecho de las condiciones generales. En particular, la evolución jurisprudencial respecto del problema de la reducción conservadora de la validez ha provocado una "inflación" de la interpretación integradora que ha traído consigo esta falta de claridad. Por ello, nosotros -a la hora de "importar" esta doctrina- trataremos de delimitar claramente los supuestos en que es lícito hablar de interpretación integradora recurriendo para ello a la idea de autointegración del contrato.

En realidad, en estos casos, no es que la interpretación integradora deba utilizarse tras el Derecho dispositivo, sino que lo que ocurre, es que no hay datos en el contrato que permitan su utilización, por lo que deben aplicarse las reglas generales: integración conforme al Derecho dispositivo.

X. La admisibilidad de la interpretación

es necesaria ni posible una delimitación clara entre el § 157 y el § 242 pero se pronuncia a favor de la preferente aplicación de la interpretación integradora porque se guía más que la integración por el contrato y el plan de regulación establecido por las partes. En otros, se opta, simplemente por la negativa a la distinción: así, STAUDINGERS/SCHMIDT § 242 n.º 231ss; HART Alternatives Kommentar zum BGB §§ 133-157 n.º 50ss esp 66 sgtes, quien coloca directamente la interpretación integradora bajo el § 242 considerándola como un medio de intervención judicial en el contrato mediante el desarrollo del Derecho de los contratos.

²⁹⁴ SOERGEL/SIEBERT/KNOPP § 157 n.º 125.; MAYER-MALY MunchKomm § 157 n. 142.

integradora en el Derecho español²⁹⁵.

1. A continuación, trataremos de demostrar que la concepción de la interpretación integradora que aquí se ha dibujado no sólo es admisible en nuestro Derecho, sino que es la más adaptada a una correcta comprensión de los arts. 1258 CC y 57 C de c.

La doctrina española cuando se enfrenta a la interpretación integradora se plantea en primer lugar, la cuestión de su admisibilidad en Derecho español y a continuación, su apoyo legal. En este ámbito se analizan los arts. 1258 y 1287 CC en especial y todos los relativos a la interpretación de los contratos (arts 1281-1289 CC) en general tratando de apoyar esta figura en alguno de ellos²⁹⁶.

²⁹⁵ En lo que nos consta la jurisprudencia no utiliza esta expresión.

²⁹⁶ A favor de la interpretación integradora, DE CASTRO Negocio p 78 (no expresamente "función complementadora" de la interpretación); DIEZ-PICAZO Fundamentos p ej. p 428 (respecto del art. 1138 CC) o pp 538-539; ALBALADEJO Derecho Civil Barcelona 1975 p 32s; J.B JORDANO BAREA "La interpretación de los contratos" en Academia Sevillana del Notariado (1988) y en Estudios Homenaje a Vallet de Goytisolo I p 315; restrictivamente rechazando el criterio de la voluntad hipotética, LACRUZ Elementos p 231-232; claramente a favor, J. CAFFARENA "El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas" ADC (1985) pp 909-940 y -aunque confuso en la argumentación C. VATTIER FUENZALIDA "La interpretación integradora del contrato en el Código Civil" ADC (1987) pp 495-524; contra la admisibilidad LASARTE "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación" RDP (1980) pp 50-79; con matices LOPEZ LOPEZ Cuestiones generales de los arts 1281-1289 a Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales dirigidos por ALBALADEJO T. XVII vol. 2º Madrid 1981 p 7; GARCIA AMIGO "Integración del negocio jurídico" Revista de Derecho Notarial (1980) pp 116-144 esp. p 120.

2. La postura contraria a la admisibilidad de la figura en nuestro Derecho se basa fundamentalmente en su innecesariedad, sin perjuicio de otros argumentos concretos que examinaremos a continuación. A nuestro juicio, sin embargo, la interpretación integradora -o autointegración contractual si se quiere- recoge supuestos específicos que en modo alguno quedan cubiertos por la interpretación en sentido estricto o por la integración, de forma que viene a dar nombre a operaciones del aplicador del Derecho que de otro modo quedan mal explicadas. Nos referimos a todos aquellos supuestos en los que del conjunto y de la finalidad del contrato se deduce bien directamente la regulación que habrían adoptado para un supuesto no regulado expresamente, bien que la organización de sus intereses establecida no se compagina bien con la solución prevista en el Derecho dispositivo para un supuesto no regulado expresamente por las partes. Como veremos en los ejemplos extraídos de la jurisprudencia, con ello se llega a soluciones razonables y acordes con el sistema. La negativa a admitir la interpretación integradora por innecesaria supone remitir estas operaciones bien a las reglas de la interpretación objetiva, bien a la integración. Pero ninguna de ambas es satisfactoria.

a) La primera, porque los preceptos correspondientes -arts. 1283 CC ss dejando a salvo el art 1287 II CC- se refieren siempre a expresiones o declaraciones de las partes dudosas u oscuras, de forma

que su función es la de dar criterios para aclarar qué es lo que dijeron las partes.

b) Respecto a la integración en el sentido de heterointegración, porque con ello no se respecta suficientemente la autonomía privada en todos aquellos casos en los que de la finalidad, conexión de sentido etc. del contrato celebrado se deduce una regulación concreta que no coincide con la del Derecho dispositivo. Se hace violencia a la autonomía privada sin justificación alguna.

Por lo tanto, la interpretación integradora es útil y necesaria como concepto para designar aquellas operaciones interpretativas que no persiguen aclarar el significado de las declaraciones de las partes sino integrarlas a partir de la interpretación del contrato en su conjunto, de su conexión de sentido y de su finalidad. Más adelante concretaremos estas ideas al hilo de la interpretación del art. 1258 CC.

Los argumentos concretos de los autores contrarios a la admisibilidad de la interpretación integradora tampoco resultan demasiado convincentes.

a) En primer lugar, se alega que la interpretación integradora ha sido creada por la doctrina alemana para llenar el vacío que representa la ausencia en el BGB de un precepto como nuestro art. 1258²⁹⁷, o bien, que la existencia en nuestro Código civil de normas legales de interpretación de las que carece el BGB hace innecesaria la "importación" de la figura²⁹⁸. El argumento, que ha

²⁹⁷ GARCIA AMIGO RDN (1980) p 120.

²⁹⁸ LASARTE RDP p 68.

sido contestado ya con carácter general, tampoco resulta excesivamente persuasivo en los apoyos legales que supondrían una diferente situación legislativa en España y Alemania. El equivalente -hoy- a nuestro art 1258 CC puede verse en el § 242 BGB -y no en el § 157 que es la sede de la interpretación integradora- que, como es sabido, recoge el principio general de la buena fe y que se considera unánimemente como sede de la integración de los contratos²⁹⁹. En cuanto a la inexistencia de reglas formales de interpretación, y recordando lo que ya se ha dicho, lo único que el BGB no tiene son reglas de interpretación objetiva de las declaraciones de las partes, esto es, las correspondientes a los arts. 1283 CC y ss, reglas que como es también sabido, no se incluyeron en el Código civil alemán porque se pensó que no debían considerarse normas sino más bien reglas de lógica³⁰⁰, pero su aplicación práctica junto a la interpretación integradora es indudable. En definitiva, ésta cumple una función distinta a la de las reglas de interpretación objetiva por lo que la existencia de estas últimas nada dice respecto de la admisibilidad de aquélla.

b) En segundo lugar, se afirma que en nuestro Derecho, la interpretación va dirigida a establecer cual fue la voluntad real y no la presumible o presunta³⁰¹,

²⁹⁹ Vid. WIEACKER El principio general de la buena fe traducción Madrid 1981 pp 51-52; ROTH MunchKomm § 242 nº 93 por todos.

³⁰⁰ Como el mismo LASARTE explica en RDP (1980) p 69 nota 19.

³⁰¹ GARCIA AMIGO RDN (1980) p 120.

pero tal argumento se contradice fácilmente si se admite, como generalizadamente se hace, que las reglas de interpretación objetiva son también reglas interpretativas. Estas reglas están previstas precisamente para casos en los que no es posible saber con plena seguridad cual fue la intención de las partes porque se expresaron de forma dudosa y sin embargo, el legislador ordena -no que se sustituyan las reglas establecidas por las partes por las reglas legales- sino que se interpreten conforme a determinados criterios (lo "normal", lo "justo", el conjunto del contrato, lo más favorable para la parte inculpable, el equilibrio objetivo de intereses etc). Por lo tanto, no puede afirmarse que sólo estamos ante una tarea interpretativa cuando se intenta averiguar la voluntad real de las partes y no cuando se atribuye un significado objetivo a las declaraciones contractuales y, por tanto, el juez ha de moverse no en el ámbito de la certeza sino en el de la probabilidad³⁰². En realidad, la contraposición entre voluntad presunta y voluntad real en este punto, no es acertada. Voluntad presunta se opone a voluntad declarada, no a voluntad real. Cuando el juez trata de averiguar la voluntad presunta -sobre la base de datos objetivos- es porque considera que es la más cercana a la real de modo que en todo caso está intentando cumplir con el objetivo de averiguar cuál fue la intención de

³⁰² Todo ello sin tener en cuenta que tal como se ha expuesto, hoy -incluso los autores subjetivistas- al remitirse a la "voluntad presunta", lo hacen en realidad a datos objetivos.

los contratantes.

c) Con este argumento se conecta aquél otro que afirma que la voluntad hipotética no es mas que una descripción antropomórfica de lo justo y que en realidad con esta ficción se hace referencia a un estándar de lo justo y de lo razonable³⁰³. La acusación, no nos parece, en líneas generales, acertada porque no se trata de establecer la regulación que dos contratantes honrados habrían establecido, en general, sino la que ^{..}esos dos contratantes comportándose honradamente habrían establecido cuando existen datos en la regulación que sí han establecido para averiguar cuál sería ésta. La contraposición de intereses típica de cualquier contrato no es un obstáculo -como pretende este sector doctrinal- para ello, puesto que en todo caso ha de poder contarse con una organización de dichos intereses suministrada por las partes que indica al juez cómo ha de decidir el supuesto no previsto expresamente. Como prudentemente advierte Lacruz en general -y esto es lo que probablemente ha ocurrido con la interpretación integradora en la doctrina y la jurisprudencia alemanas- el peligro consiste en acabar atribuyendo a las partes lo que no es sino creación judicial del Derecho³⁰⁴.

d) Por último, se alega por estos autores la

³⁰³ Sobre todo LACRUZ Elementos p 231 y LOPEZ LOPEZ Comentarios p 7.

³⁰⁴ LACRUZ Elementos p 231. Vid. las prudentes observaciones al respecto de MEDICUS Allgemeiner Teil² Heidelberg 1985 pp 127-128 y las observaciones de CANARIS en el sentido del texto en AcP 184 (1984) p 216:

inadmisibilidad del concepto de laguna contractual -que no sería sino producto del mimetismo entre interpretación de los contratos e interpretación de las normas- y por tanto del recurso a la analogía³⁰⁵, en cuanto que mientras el ordenamiento carece de posibilidades de heterointegración, el contrato puede ser integrado recurriendo al Derecho dispositivo³⁰⁶. Tampoco este razonamiento parece definitivo. En primer lugar, porque no existe una prohibición expresa, pero sobre todo, porque la misma sería contraria a la finalidad misma de la interpretación en un sistema basado en el respeto a la autonomía privada. Es obvio que se hace más violencia a la "intención de los contratantes" aplicando al contrato una regla genérica que aplicando a un supuesto no regulado la regulación prevista por las propias partes para un supuesto que presenta identidad de razón con el regulado³⁰⁷. Positivamente, además, el recurso a la analogía en el ámbito de la determinación del contenido de los contratos puede fundarse en la buena fe.

Rechazada por estos autores la posibilidad o necesidad de la interpretación integradora en nuestro Derecho, se niega consecuentemente la adscripción del 1258 CC a la interpretación, atribuyendo a dicho precepto únicamente funciones de heterointegración³⁰⁸.

³⁰⁵ GARCIA AMIGO Revista de Derecho Notarial (1980) p 120 y nota siguiente.

³⁰⁶ LOPEZ LOPEZ Comentarios p 7.

³⁰⁷ Correctamente LACRUZ Elementos p 232.

³⁰⁸ Sobre todo, LASARTE RDP 1980 p 71ss.

XI. Configuración de la interpretación integradora en el Derecho español: la interpretación del art. 1258 CC.

1. Para decidir si la interpretación integradora es admisible en nuestro Derecho, y determinar sus contornos tal como se ha hecho aquí, y el apoyo de Derecho positivo, conviene detenerse siquiera sea brevemente en el art. 1258 CC que como es sabido establece que los contratos obligan no sólo a lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que de acuerdo con su naturaleza sean conformes con la buena fe, el uso y la ley. Al tiempo, conviene referirse también al art 57 C de C que ordena, además de atender a las "efectos que naturalmente se deriven" de los contratos mercantiles, que se ejecuten y cumplan de acuerdo con la buena fe.

2. El art. 1258 CC proviene del art. 1135 del Código Civil francés que se incorpora al art. 978 del proyecto de 1851 con la única modificación de sustituir la referencia francesa a la equidad por la buena fe.

García Goyena se remite a un texto del Digesto³⁰⁹,

³⁰⁹ Al cual también se remite en el art. 1019 5º del proyecto que recoge lo que hoy es el art. 1287 CC y que vuelve a citarse en el comentario al art. 1020 del proyecto que es el que recoge específicamente la regla "las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos aún cuando no se hallen espresadas en ellos". Estos datos, unidos a las remisiones que el propio García Goyena hace a otros preceptos del proyecto donde la ley se remite a los usos, apoyarían la interpretación de Caffarena en el sentido de que no hay diferencia entre la referencia a los usos que hace el art. 1258 CC

("Quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis veniunt") donde se recoge el orden integrador estableciendo que en primer lugar se estará a "la voluntad expresa (sic) de las partes; segundo, la voluntad presunta por el uso o costumbre; tercero, á falta de voluntad expresa y presunta, la equidad y la buena fé" e inmediatamente remite a los preceptos sobre interpretación de los contratos. También hace García Goyena una referencia al art. 985 del proyecto (1261 CC) donde recoge la tradicional distinción entre elementos esenciales y elementos "naturales" del contrato. Inmediatamente explica la referencia a la ley afirmando que "no es necesario expresar lo que está ya prevenido por la ley; por ejemplo, la obligación del vendedor al saneamiento de la cosa". Respecto a los usos, las explicaciones se encuentran en los comentarios al 1019 del proyecto (artículos actuales sobre la interpretación) donde afirma que "la observancia de esta regla es tan universal y justa, que frecuentemente se omite en los contratos lo que es de uso o costumbre en la tierra, por entenderse comprendido tácitamente en ellos sin necesidad de expresarlo, como se dice en el artículo siguiente ("Las cláusulas de uso comun deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen

y la que se encuentra en el 1287 segunda frase CC, es decir, en ambos casos se trataría de usos en función integradora (Vid Caffarena ADC (1985) pp 932 ss). Comentando los preceptos correspondientes del Código civil italiano derogado, y refiriéndose al art. 1135- nuestro art. 1287 II CC- DEL VITTO señalaba que era una norma perfectamente inútil porque estaba ya en el 1124- nuestro art. 1258 CC-.

expresadas en ellos"). Inútil sería poner ejemplos: apenas hay un contrato, sobre todo de arriendo, que no envuelva la aplicación de lo dispuesto en este número, y en el artículo que le sigue". Su explicación acerca del sentido de la referencia a la buena fe es menos claro, ya que se limita a hacer referencias al valor de la buena fe para interpretar, ejecutar y determinar los efectos de los contratos, pero la cita del Digesto que se contiene ("In his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet") parece confirmar que el origen de este precepto -tal como ha sugerido el profesor Morales³¹⁰- en el texto siguiente de Domat:

"No hay ningún contrato en el que no se sobreentienda que uno debe al otro la buena fe con todos los efectos que la equidad puede exigir, tanto en la manera de expresarse en el contrato, como en la ejecución de lo que se ha convenido y de todas sus consecuencias... y como consecuencia cada uno está obligado a todo lo que (la buena fe)... reclama, según la naturaleza del contrato y las consecuencias que de ella puedan derivarse", bajo un epígrafe que significativamente se titula, "de las obligaciones que son consecuencia natural de los contratos, aunque no se hayan expresado en ellos". El mismo Domat afirma que "on peut distinguer trois sortes d'engagements dans les conventions. Ceux qui sont exprimez: Ceux qui sont des suites naturelles des conventions: et ceux qui sont reglez par quelque loi ou quelque coutume"³¹¹

Si examinamos ahora el antecedente francés llegaremos a parecidos resultados. En la discusión del

³¹⁰ A.M. MORALES MORENO "Publicidad engañosa y defectos de la cosa" texto de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Albacete en abril de 1989. El doctorando agradece al profesor Morales que haya tenido la deferencia de facilitarle la consulta de este trabajo.

³¹¹ Apud F. ZICCARDI "L'integrazione del contratto" Riv. Tr. Dir. Pr. Civ. (1969) p 122 nota 42.

art. 1135 del Code, se objetó que este artículo podía entrañar graves inconvenientes porque extendía la vinculación mucho más allá de lo que el deudor había consentido sometiendo incluso a obligaciones que no ha podido prever porque nadie conoce todos los usos. En la contestación se afirmó que no hacía sino recoger una regla general, que la referencia a los usos era interpretativa ("il ne s'agit pas de permettre que l'usage ajoute aux engagements, mais seulement de l'en constituer l'interprète. On ne peut tout spécifier dans un acte"), lo que por otro lado coincide con la referencia de García Goyena a la "voluntad presunta por el uso o la costumbre" y por último, se pone como ejemplo de una obligación que quedaba incluida en el contrato aunque no se hubiera expresado: ¡la garantía del vendedor!, lo que es claramente una obligación legal³¹².

En lo que hace a la jerarquía entre usos y ley resulta ilustrativa la exposición de Demolombe³¹³. Se plantea este autor el caso de que un uso sea contrario a la ley y se pregunta qué debe prevalecer. Se pronuncia

³¹² Apud P.A. FENET Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil T. XIII Reimpr. de la ed. 1827 Osnabrück 1968 p 54. En este punto, debe recordarse que Pothier, a quien se deben las reglas de interpretación que se incorporan a los códigos, recoge como un ejemplo de una obligación que se incorpora por vía de uso al contrato, aunque no se hubiera pactado, la responsabilidad por evicción: Traité des obligations Paris 1825 Reimpr. Barcelona 1974 p 145, lo que resulta sorprendente tratándose de un problema que aparece regulado legalmente.

³¹³ DEMOLOMBE Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles Tomo XII Paris (sin fecha) pp 38ss.

por la prevalencia del uso argumentando que la ley "toda de interés privado, que regula... los efectos de una convención, es una ley puramente interpretativa de la voluntad presunta de las partes contratantes y la cual, consecuentemente, las partes pueden derogar por la manifestación de una voluntad contraria. Ahora bien, esta manifestación de una voluntad contraria puede ser tanto expresa como tácita. Por otra parte, el uso que se supone establecido en la localidad donde se ha celebrado el contrato, uso al que se presume que las partes se refieren, testimonia precisamente su voluntad tácita de derogar la ley. Por tanto debe interpretarse la convención de acuerdo con el uso y no según la ley. Si no, se desnaturalizaría el contrato y se le atribuiría al mismo tal vez efectos directamente contrarios a los que se pretendían" y añade "ce que nous croyons, c'est que, en fait, il se peut qu'un usage contraire en écarte l'application dans une certaine localité; en fait... comme temoignage de la volonté tacite des parties de régler autrement les effets de leur convention"³¹⁴. Debe admitirse, sin embargo, que el autor se refiere al uso en su función interpretativa, pero no de una voluntad expresa sino presunta. Esta misma idea la recoge Laurent admitiendo este supuesto como un caso en que el uso prevalece sobre la ley³¹⁵. Y esta es, por fin, la

³¹⁴ DEMOLOMBE *ibidem* p 24.

³¹⁵ LAURENT Principes de Droit Civil Bruxelles 1878 tomo XVI p 244 "en ce sens on peut admettre que la volonté des parties a été de s'en rapporter à l'usage plutôt qu'à la loi; car elles connaissent l'usage mieux que le droit écrit. On peut dire la même chose de

interpretación conjunta que de los arts. 1287 y 1258 CC hace la doctrina mayoritaria cuando distingue entre la función interpretativa de los usos y la función supletoria, admitiendo la prevalencia de los usos en su primera función respecto del Derecho dispositivo³¹⁶

La interpretación del art. 57 C de C conduce a resultados parecidos. Además de recoger una regla de interpretación literal ("según los términos en que fueron redactados sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas") declara vinculadas a las partes más allá de los términos literales a "los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones".

3. De esta breve exposición, creemos que pueden extraerse algunas conclusiones respecto al art 1258 CC y a su relación con las reglas de interpretación.

a) En primer lugar, parece obvio que el art. 1258 CC recoge los llamados "elementos naturales del contrato", es decir, aquellos que no son necesarios pactar para que se consideren parte de la regulación contractual. En esta medida es evidente que el art. 1258 CC es la sede de integración del contrato.

b) Parece claro también, que la buena fe y los usos

l'equité". Vid. DE CASTRO Derecho Civil p 395.

³¹⁶ Expresivo, DE CASTRO Derecho Civil p 399. En el mismo sentido, entre muchos, LACRUZ Elementos I (1ª ed, Madrid 1982) pp 176-77.

se consideraban también como un instrumento de interpretación de los contratos y no sólo de integración³¹⁷.

c) En tercer lugar, de lo expuesto se deduce que en los autores del XIX no hay una diferencia demasiado estricta entre interpretación e integración, como se deduce de la no distinción de funciones entre usos interpretativos e integradores³¹⁸, o de que Demolombe calificara al Derecho dispositivo de leyes meramente interpretativas.

d) Tampoco parece, en cuarto lugar, que hubiera una clara conciencia de que los tres elementos citados por el art. 1258 CC estuvieran en una relación jerárquica³¹⁹. De hecho deberían conducir a resultados idénticos, como lo demuestra que la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos o por evicción se considere parte del contenido del contrato aunque no se hubiera pactado porque tal era el uso -como hacía Pothier- o como efecto de la ley, como señalaba García Goyena.

e) Por último, dado que nuestro Código civil no recoge expresamente la buena fe en su función

³¹⁷ Lo que admite incluso LASARTE RDP (1980) p 71 y queda reflejado en el art. 57 C de C, y es, por lo demás, doctrina mayoritaria vid. por todos, DE CASTRO Derecho Civil pp 395-400.

³¹⁸ En el mismo sentido, CAFFARENA ADC (1985) p 934 nota 70.

³¹⁹ En sentido similar para el Derecho alemán actual, MEDICUS Allgemeiner Teil² p 127: "En la interpretación integradora se argumenta, al menos desde tres diferentes niveles: voluntad hipotética de las partes, usos y equidad. Una relación jerárquica clara entre estos tres niveles de argumentación no existe y probablemente tampoco puede existir".

interpretativa y la escasa diferenciación entre interpretación e integración que se desprende de los antecedentes no parece erróneo el poder apoyar dicha función en los arts. 1258, 1287.2º CC y en el art. 57 C de C.

4. En relación con la concepción de la interpretación integradora que aquí se mantiene, es relevante lo que se ha expuesto respecto a la relación entre usos y buena fe por un lado, y ley dispositiva por otro en el art. 1258 CC. Según hemos visto, los autores no tenían inconveniente en admitir la prevalencia de los usos sobre la ley dispositiva si ello resulta más conforme con la intención de las partes por existir datos en el contrato que así lo sugieran. Esta es, probablemente, la única conclusión que puede sacarse del art. 1258 CC en lo que hace al problema aquí discutido. De ello podemos deducir, que los preceptos citados no se opondrían a la aplicación preferente de reglas derivadas de la buena fe o de los usos si se considera que con ello se atiende mejor a la finalidad perseguida por las partes con la celebración del contrato. La insistencia de los autores del XIX en el carácter de "leyes privadas" de las normas dispositivas, y en que su contenido no pretendía sino reflejar la "voluntad presunta" apoyarían tal interpretación. No creemos, sin embargo, que sea necesario ni correcto -como ha intentado Caffarena^{32º}-

^{32º} CAFFARENA ADC (1985) p 932ss.

considerar como regla general la prevalencia de los usos sobre la ley. De la crítica a la posición de este autor, nos ocupamos a continuación.

6. El trabajo más detallado y cuidadoso en nuestra doctrina es, efectivamente, el de Caffarena, realizado al hilo del análisis del art. 1167 CC³²¹, donde se analiza con cierta extensión el problema que hemos estudiado aquí planteado particularmente en torno a la

³²¹ CAFFARENA ADC (1985) pp 909ss especialmente pp 924ss. No nos ocupamos en detalle del reciente trabajo de C. VATTIER FUENZALIDA (ADC 1987 pp 495-524) "La interpretación integradora del contrato en el Código Civil", por la dificultad de "integrarlo" en la discusión aquí descrita. Para este autor, la interpretación integradora estaría recogida legalmente en los arts. 1286 a 1289 CC. El mayor problema para acoger esta opinión es que Vattier parte de un concepto de interpretación integradora que no es el que aquí hemos recogido. Vattier la define como "el complemento o corrección (?) de lo acordado o hecho (?) por los contratantes en sede interpretativa con arreglo a estas mismas fuentes (las del 1258) e incluso la equidad" (p 496). Esta cita, y sobre todo, los apoyos jurisprudenciales que se recogen en el trabajo (p 524) nos inclinan a pensar que a lo que este autor se refiere bajo el nombre de interpretación integradora es, en realidad, a los instrumentos empleados frecuentemente por la jurisprudencia para corregir -y no sólo completar- el contenido de los contratos, práctica judicial -universal- que a nuestro juicio no está amparada ni por el art. 1287, ni por el art. 1288 ni por el art. 1289 ni por el art. 1258 CC (sobre la utilización de la interpretación para corregir el contenido del contrato vid. ALFARO RDM (1987) pp 17-19). Los tres primeros, a salvo del art. 1287 CC in fine se refieren a la aclaración de dudas surgidas por la defectuosa expresión de las partes, y no a la integración de las declaraciones de voluntad. En cuanto a las sentencias citadas por Vattier, no creemos que constituyan un apoyo sólido, ya que en realidad, estamos ante problemas de aplicación de la cláusula rebus sic stantibus (STS 16.11.1979), de cualidades aseguradas o riesgos asumidos por el vendedor (STS 5.1.1980) y de una declaración ad pompam del Supremo (STS 3.2.1986) de la que no puede extraerse a contrario la conclusión que pretende Vattier. Sólo la STS 8.11.1983 (Ar 6068) podría considerarse como un supuesto de presuposiciones de las partes incorporadas al contrato de lo que nos ocuparemos más adelante. En definitiva, estamos ante un trabajo de escasa utilidad en el marco de esta discusión que, más bien, contribuye a oscurecerla.

relación usos/derecho dispositivo.

a) Este autor destaca las ventajas de la interpretación integradora que permite una solución adaptada a cada caso frente a la tipicidad y esquematismo del Derecho dispositivo³²². El planteamiento de Caffarena es, sin embargo, bastante original fundamentalmente porque entiende el problema de las relaciones entre Derecho dispositivo e interpretación integradora como un conflicto entre la aplicación de las normas materiales y las normas formales de interpretación (las primeras son las reglas del Derecho dispositivo; las segundas, las recogidas en los arts 1281ss (más el art. 1258) del Código Civil); y Caffarena señala la preferencia de la aplicación de las últimas sobre las primeras, según hemos visto, en el respeto a la autonomía de la voluntad³²³.

La preferente aplicación de las reglas interpretativas formales -incluido el art 1258 CC- respecto de las materiales tiene, sin embargo, una excepción: Las normas dispositivas "debe(n) aplicarse con carácter primordial cuando implícitamente el legislador haya partido de la consideración de algún criterio de interpretación y respecto de este criterio"³²⁴. En otras palabras, Caffarena parece preferir la aplicación de la norma material de interpretación cuando ésta concrete algún criterio de interpretación formal en relación con un contrato determinado. Su posición la aclara con el siguiente ejemplo:

"el 1167 CC... establece el criterio de la calidad media³²⁵. Si el precepto en cuestión, en vez de estar comprendido en el Título I del libro cuarto que lleva por rúbrica <<De las obligaciones>> se encontrara recogido dentro del Título IV del mismo libro <<Del contrato de compraventa>> debería de encontrar una aplicación preferente al criterio interpretativo de la mayor reciprocidad de intereses que establece el art. 1289 CC para los contratos onerosos. Y es que se podría pensar que el legislador, al crear el régimen del contrato de compra y venta ha partido de buscar la mayor reciprocidad de intereses, que esta idea se encuentra implícita en toda la regulación del contrato, y si en esta sede se determinara la

³²² CAFFARENA ADC (1985) p 928.

³²³ CAFFARENA ibidem.

³²⁴ CAFFARENA ibidem.

³²⁵ Este precepto reza: "Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior".

calidad a entregar si ésta no se hubiera expresado, cabría entender que el legislador ha querido anteponer... esa disposición legal al otro criterio interpretativo"³²⁶.

La preferencia se justifica en estos casos porque si el legislador, a pesar de considerar uno de los criterios objetivos de interpretación (reglas formales) establece una determinada consecuencia (regla material) es porque manifiesta una preferencia por ésta frente a aquella³²⁷.

Por último, Caffarena critica la tesis mayoritaria en la doctrina alemana por considerarla incongruente en cuanto que si considera la interpretación integradora como interpretación no resulta lógico afirmar después la preferencia del Derecho dispositivo cuando el contrato sea típico. Incongruencia que quedaría demostrada por el hecho de que la doctrina alemana establezca después como excepción a esta última regla, el supuesto en que las partes se hayan separado del modelo legal³²⁸.

b) La construcción de Caffarena constituye un valioso intento de ordenar las relaciones entre interpretación integradora e integración conforme al Derecho dispositivo, pero, a nuestro juicio, no llega a convencer. Y es que Caffarena, tras haber expuesto la distinción entre interpretación en sentido estricto, interpretación integradora e integración recogiendo la opinión de quienes defienden que la primera supone autointegración del contrato frente a la heterointegración que supone el recurso al Derecho dispositivo concluye que "sin embargo... la única distinción que existe es entre interpretación e integración. No hay un tercer género. La interpretación integradora se situaría dentro de la interpretación"³²⁹. Lógicamente, si la interpretación integradora no es un tertius genus -aún dentro de la interpretación- y se ve absorbida sin más por la interpretación, el problema debe plantearse -como hace Caffarena- en el sentido de si las reglas de interpretación formales se aplican antes que las materiales. Pero no es tal conflicto el problema que trata de resolver la interpretación integradora. Sencillamente porque, aún admitiendo la interpretación de los arts. 1287 2º y 1258 CC que hace el autor, como aquí en definitiva se ha hecho, las reglas de los arts. 1283 y ss -las llamadas reglas de interpretación objetiva- no tratan de determinar el contenido de la regulación que, de acuerdo con la

³²⁶ CAFFARENA ibidem.

³²⁷ CAFFARENA ibidem

³²⁸ CAFFARENA ibidem p 929 nota 54.

³²⁹ CAFFARENA ibidem p 924 nota 39.

conexión de sentido y finalidad del contrato, debe adoptarse para un supuesto no previsto expresamente por las partes, sino que son normas interpretativas en sentido estricto y por tanto, tratan de aclarar el significado de declaraciones de voluntad dudosas y oscuras, como los simples argumentos literales demuestran. Por tanto, y a pesar de que la nomenclatura pudiera sugerir otra cosa, no hay un verdadero conflicto entre las reglas formales y las materiales de interpretación y consecuentemente no se pueden plantear sus relaciones como una cuestión de aplicación de la regla lex specialis o de opción del legislador por un criterio u otro³³⁰. El conflicto se plantea exclusivamente entre las normas materiales de interpretación y los criterios de buena fe y usos recogidos en el art. 1258 CC y en el art. 1287 CC in fine, por lo que el problema se reduce, como hemos planteado aquí, a la interpretación del art. 1258 CC. Otra cosa es que los principios en los que están basadas las reglas interpretativas formales (mayor reciprocidad de intereses en el art. 1289 CC; buena fe -arts. 1282 y 1288 CC- menor vinculación -arts 1289 y 1283 CC- usos-art.1287 CC-) no puedan desplegar tanto una función interpretadora de las declaraciones dudosas como de auto- o heterointegración³³¹.

Utilizando el mismo ejemplo que Caffarena, aunque el art. 1167 CC estuviera en sede de compraventa, seguiríamos preguntándonos -antes de aplicar dicho precepto- si del contrato puede deducirse que las partes quisieron algo distinto al criterio de calidad media. En último extremo aplicaríamos dicho criterio, y no el de mayor reciprocidad, pero no porque el art. 1167 CC fuera aplicable con preferencia al art. 1289 CC sino porque el problema que se nos plantea no es una duda en la expresión -supuesto del art. 1289 CC- sino una falta de determinación expresa por las partes de la calidad a la que se referían, que es precisamente el supuesto de hecho del art. 1167 CC.

Del mismo modo, esta diferente función de las reglas formales de interpretación (objetiva) y la interpretación integradora que se "enfrenta" a las reglas materiales que se encuentran en el Derecho

³³⁰ Amén del escaso valor que los argumentos sistemáticos tienen en nuestro Código Civil por su bajo nivel técnico.

³³¹ Cfr. por ej. el art. 1676 CC "el contrato de sociedad universal celebrado sin determinar su especie, sólo constituye la sociedad universal de ganancias". Esta regla está basada, igual que el art. 1283 CC y el art. 1289 CC para los contratos gratuitos, en la menor vinculación. Pero la norma no trata de aclarar una expresión dudosa de las partes, sino una falta de expresión.

dispositivo, explica por qué la crítica a la posición de la doctrina mayoritaria alemana no es aceptable. Caffarena critica el hecho de que se afirme la preferente aplicación del Derecho dispositivo sobre la interpretación integradora en los contratos típicos salvo que -pero no sólo- las partes se hayan apartado del modelo legal. La interpretación integradora es de preferente aplicación en todo caso, pero si el juez no encuentra datos en el contrato que le lleven a una solución concreta para cubrir la laguna en las declaraciones de las partes y en la conexión de sentido y finalidad del contrato, la interpretación integradora no es aplicable, simplemente porque no se da su supuesto de hecho, y el juez, como lo exige su sometimiento a la ley, debe remitirse al Derecho dispositivo. Cuando se señala como excepción el que las partes se hayan separado del modelo legal, se está diciendo lo mismo que en el caso de los contratos atípicos, es decir, que hay datos en el contrato que llevan al juez al convencimiento de que las partes asumieron una solución diferente a la que establece el Derecho dispositivo.

7. Si descendemos de las formulaciones abstractas a los problemas de interpretación y aplicación de las normas concretas, no puede dudarse, en primer lugar, "de la legitimidad de integrar el contrato deduciendo la solución del caso no previsto expresamente, de las líneas generales establecidas por la voluntad de las partes"³³². Negar que al realizar dicha tarea estamos todavía en la interpretación del contrato, intentando determinar cual fue la intención de las partes supondría caer en el "documentalismo" más craso reduciendo el contrato al texto contractual. Como se ha señalado acertadamente, la "integración de la declaración" que no supone "integración de la voluntad", no es problemática en su admisibilidad³³³. En segundo lugar, los problemas de confrontación entre el Derecho dispositivo y

³³² LACRUZ Elementos p 231.

³³³ MEDICUS Allgemeiner Teil p 124.

"regulaciones adaptadas al contrato" se plantean al hilo de preceptos legales que, en la mayor parte de los casos, constituyen lo que aquí hemos denominado al estudiar los tipos de normas del Derecho dispositivo³³⁴ normas interpretativas materiales y no normas integradoras.

Así por ejemplo, Caffarena examina el problema al hilo de la interpretación del art. 1167 CC que es claramente una norma interpretativa material³³⁵. Díez-Picazo, advierte de la necesidad de llevar hasta el final la interpretación del contrato antes de aplicar la norma legal en el caso del art. 1138 CC, que establece la presunción de división de la deuda en partes iguales en caso de pluralidad de deudores y en el del art. 1171 CC que también son normas interpretativas materiales³³⁶.

Al hablar del Derecho dispositivo, señalamos que estas normas interpretativas materiales, sólo pretenden aplicación cuando no puede deducirse una regulación diferente de las declaraciones de las partes o de las circunstancias que rodean el contrato. Se trata en realidad, de normas que van referidas en su mayor parte

³³⁴ Vid supra en este párrafo V.6.

³³⁵ CAFFARENA ADC (1985) pp 909-940.

³³⁶ "Pero dicha presunción tiene un carácter relativo o iuris tantum y puede llegarse al resultado contrario, mediante una estipulación expresamente consignada por las partes o por vía interpretativa de los pactos de éstas. El art. 1138 presume que la división se lleva a cabo en partes iguales. Sin embargo también en este punto la presunción tiene carácter relativo. Aunque la división o la fragmentación se produzca, de los pactos de los interesados y de la interpretación de los mismos puede resultar una división desigual" (DÍEZ-PICAZO Fundamentos p 428). Algo semejante afirma este autor respecto al art. 1171 CC que determina el lugar de pago de las obligaciones: "Además habrán de aplicarse (antes que los criterios legales subsidiarios a falta de determinación por las partes)... los criterios generales de interpretación, e incluso los criterios de interpretación de acuerdo con los usos de los negocios o usos del tráfico (art. 1258)" (DÍEZ-PICAZO ibidem pp 538-539).

a los elementos esenciales del contrato³³⁷, y que con su existencia impiden que se declare la nulidad del contrato entero por falta de determinación del objeto. Por lo tanto, si existen datos en el contrato que induzcan a pensar razonablemente que la solución prevista por las partes hubiera sido diferente, no se desprecia la autoridad de la ley porque se aplique dicha diferente solución. Ahora bien, lógicamente, el juez deberá argumentar la desviación. A nuestro juicio, sin embargo, la distinción entre estos dos tipos de normas ha de ser especialmente tenida en cuenta dada su diferente función y -como ha dicho Medicus- su diferente grado de "subsidiariedad o supletoriedad"³³⁸.

8. Según hemos visto, la interpretación integradora se sirve de los usos y de la buena fe para autointegrar el contrato. El recurso a los usos es claro cuando, como venimos repitiendo, la configuración usual difiera de la legal y pueda presumirse que las partes estaban pensando en la primera con preferencia a la segunda. El recurso a la buena fe necesita de una mayor concreción. En realidad, como señalaba Larenz, la buena fe actúa aquí imponiendo a ambas partes que admitan como válida la regulación que el juez incorpora al contrato mas que

³³⁷ Así el art. 1167, el art. 1138, el art. 1676 CC etc.

³³⁸ MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Heidelberg² (1985) pp 124-128, este autor realiza una exposición de la interpretación integradora y su relación con el Derecho dispositivo que nos parece la más compartible de las de la doctrina alemana.

como fuente normativa (función estrictamente integradora)³³⁹. Algunos ejemplos extraídos de la jurisprudencia reciente nos servirán para exponer cuándo y de qué modo puede operar la interpretación integradora así entendida.

1. STS 26.4.1988 (Ar 3279) -Aplicación analógica-.

Un matrimonio y un constructor acuerdan que el matrimonio aportará unos solares y el constructor los edificará corriendo él con todos los costes que resulten. Acuerdan asimismo, que el matrimonio recibirá un 33 % del precio obtenido por la posterior venta del edificio además de unos locales, y que sería para el constructor el 67 % del precio restante. Los pisos se construyen y son vendidos casi en su totalidad, a excepción de la planta de sótano dedicada a garaje y los locales nº 2 y 3 de la planta baja. El constructor demanda a los herederos del matrimonio -que entre tanto había fallecido- para que declarasen que era dueño de una participación indivisa del sesenta y siete % y le otorgase escritura pública de los locales citados y de la planta sótano. El tribunal de instancia, con una argumentación acogida por el Supremo, declara:

" La verdad es que si los contratantes pusieron uno terreno y otro industria de construcción para vender lo que se construyese y repartir entre sí el precio, es claro que convinieron lo que el art. 1665 CC llama contrato de sociedad. Está claro que la sociedad no tenía por objeto directo e inmediato repartirse la propiedad de lo edificado, sino el precio de venta. Pero si no se vende, algo hay que hacer con lo edificado, y lo normal es repartirlo en las proporciones convenidas del 33 y el 67%".

Debe destacarse que, efectivamente, lo que la cláusula establecía es cómo se iban a repartir las partes el precio de los pisos vendidos y el problema que no se plantearon es el del reparto en el caso de que los pisos no se vendieran. Hay una integración de las declaraciones de las partes basada en la organización de intereses que ellas mismas se habían dado en cuanto que la finalidad de la asociación entre los dueños del terreno y el constructor era repartir el producto de la misma entre ambos según un determinado criterio. Se respeta perfectamente la intención de las partes si se

³³⁹ LARENZ NJW (1963) p 739. En otras palabras: la buena fe funciona exigiendo de las partes un comportamiento -aceptar como regla contractual la que se infiere del entramado que ellas han consentido- y no imponiendo una regla que es razonable.

obliga a los herederos a que admitan como contenido del contrato la regulación que para el supuesto no regulado se deduce de la composición de intereses que las partes han realizado con independencia de que el reparto sea objetivamente justo.

2. STS 6.8.1988 (Ar 5557) -Presuposiciones-.

Decidió el caso del palacio de Gamazo³⁴⁰. Una empresa vende a otra un edificio. En lo que aquí interesa, la compraventa se efectuó con la intención-plasmada en el contrato- de demoler el edificio y construir uno de nueva planta en su lugar. Previendo la posibilidad de que el ayuntamiento denegara la licencia de demolición o que no autorizase la construcción de una superficie mínima también prevista en el contrato, se estableció para el primer supuesto una condición resolutoria y para el segundo una reducción proporcional del precio, o una elevación del mismo si se permitía construir una planta más. El ayuntamiento autoriza la demolición pero la Administración central incoa expediente de declaración de patrimonio histórico artístico del palacio e impide la misma. El comprador negocia con la Administración y ésta resuelve autorizar la utilización del edificio para los fines que pretendía el comprador pero con la consecuencia de que la superficie útil del mismo sería más reducida que la prevista en el contrato. El comprador reclama la reducción del precio que había pagado. El TS deniega la pretensión. En nuestra opinión -y a salvo de la aplicación de los principios de la llamada en garantía para el caso de evicción por analogía³⁴¹- se trataba de un supuesto claro en el que se podía haber utilizado la interpretación integradora. Si las partes habían previsto que el precio se calcularía en función de la superficie edificada y habían previsto su reducción o aumento para el supuesto de que se autorizara la demolición y nueva construcción de un edificio, no cabe duda de que es conforme con la intención de las partes y la finalidad del contrato que el vendedor devolviese al comprador la parte proporcional del precio en el caso- no previsto expresamente por las partes- de que la Administración central negase la autorización para demoler pero autorizase la utilización -aunque con una superficie más reducida- del edificio para el fin previsto en el negocio una vez que la condición

³⁴⁰ Sobre esta sentencia puede verse el excelente comentario de MORALES MORENO CCJC nº 18 (1988) pp 919-933.

³⁴¹ Vid. MORALES MORENO CCJC 18 (1989) p 933.

resolutoria no se ejecuta³⁴². En este supuesto, la interpretación integradora se apoya en las presuposiciones de las partes³⁴³.

3. STS 22.4.1988 (Ar. 3275)³⁴⁴.

En un contrato de compraventa de una vivienda, se había pactado una cláusula por la que las cantidades aplazadas devengarían un interés que sería igual "al máximo autorizado por el Ministerio de Obras públicas". Realmente, no existía un límite máximo al pacto de intereses en la normativa administrativa de manera que podía fijarse libremente en el contrato. El tribunal de instancia declara la existencia de un pacto válido de intereses y fija la cuantía de éstos no en el interés legal sino en el tipo aplicado por el Banco Hipotecario de España. El comprador aduce esto en uno de los motivos del recurso de casación, y el TS rechaza el mismo argumentando que "aceptar la tesis del recurrente significaría privarla (a la cláusula que se remitía al máximo autorizado) en absoluto de eficacia. Ortí Vallejo, parece mostrarse discrepante con la solución señalando que siendo válido el pacto de intereses "pero ausente de tipo de interés aplicable para su determinación, operaría el art. 1108 CC que al configurar el interés legal con carácter supletorio lo previene, precisamente en defecto de interés convencional. Con lo cual, procede suplir el quantum

³⁴² En el mismo sentido aunque con un apoyo que nos parece discutible en el art. 1286 CC, MORALES MORENO CCJC 18 (1988) p 925-926. "El propósito claro de demolición del viejo edificio para construir uno nuevo en su lugar, propósito que animaba a la compradora en el momento de celebrar el contrato, explica que éste no contemple la posibilidad de utilización del existente. El viejo edificio no satisface en ese momento tal cual está, su interés y no se prevé la remodelación del mismo en el contrato, tal vez por poco usual entonces y excesivamente costosa. Pero, tal como se desenvuelven los acontecimientos posteriores al contrato, que conducen a la rehabilitación del viejo edificio, consiguiendo así de él una utilidad satisfactoria, es razonable extender a este supuesto las previsiones contractuales de modificación del precio. Funcionalmente, a los efectos de este contrato, el edificio remodelado puede ser considerado como uno nuevo, aunque se haya tenido que respetar la fachada del antiguo".

³⁴³ Sobre las presuposiciones, en el ámbito del error vid. A.M. MORALES MORENO El error en los contratos Madrid (1988) pp 199-208.

³⁴⁴ CCJC 17 (1988) p 463-474 con comentario de A. ORTI)

ineficaz señalado por el quantum legal³⁴⁵". A nuestro juicio, la solución del Supremo confirmando la sentencia de primera instancia es discutible, pero puede justificarse afirmando que, en realidad, tanto el tribunal de primera instancia como el Supremo efectuaron una interpretación integradora. De la cláusula inútil dedujeron correctamente que las partes no habían querido remitirse al interés legal. El hecho de que en el caso se tratara de una condición general no altera la solución porque en este caso no es que la cláusula fuera nula por contraria a la buena fe, sino que sencillamente el predisponente había supuesto erróneamente la existencia de límites administrativos. Respecto al hecho de que la "regulación previa" a la que recurre el tribunal para sustituir la cláusula ineficaz sea no al tipo de interés legal, ni siquiera al tipo habitual en el mercado, sino al del Banco Hipotecario que suele ser el más bajo de los normalmente disponibles, se justifica perfectamente según lo que aquí se ha expuesto en relación con la interpretación integradora y en concreto con la referencia del art. 1258 CC a los usos. En este tipo de viviendas, los tipos del Banco Hipotecario son los más usuales aunque sean más bajos que los de mercado, ya que se trata de un sector específico dentro del mercado hipotecario como son las VPO.

9. Dibujados los contornos de la interpretación integradora en nuestro Derecho, podemos resumir brevemente las conclusiones respecto a las relaciones entre interpretación integradora y Derecho dispositivo. Estas pueden ordenarse del siguiente modo:

a) La interpretación integradora debe asignarse, como hace la doctrina mayoritaria, a la interpretación. Esta adscripción significa que la buena fe y los usos entran aquí en el contrato por vía de la autonomía privada, por lo que la interpretación integradora se aplica con preferencia respecto al Derecho dispositivo.

b) La interpretación integradora supone autointegración del contrato recurriendo a los usos (función interpretativa) y a la buena fe. Por lo tanto,

³⁴⁵ ORTI VALLEJO CCJC 17 (1988) p 473.

es presupuesto de su aplicación el que existan datos en el contrato (finalidad, regulación dada por las partes a un supuesto similar, presuposiciones etc) que permitan obtener la regulación cobertora de la laguna contractual y que dichos datos difieran en medida relevante de aquellos de los que ha partido el legislador a la hora de regular el contrato. Estos datos pueden conducir a una regulación basada en una valoración equilibrada de los intereses de las partes (criterio de la buena fe) o a la regulación usual cuando ésta difiera de la legal (criterio de los usos). En este segundo caso, los datos extraídos del contrato deben indicar de alguna forma que las partes tenían en mente la regulación usual y no la legal³⁴⁶. En estos supuestos, por tanto, los usos son de preferente aplicación respecto al Derecho dispositivo.

c) Cuando esos datos no existen, sobre todo porque el contrato concreto es perfectamente enmarcable en un tipo legal, debe aplicarse el Derecho dispositivo.

La necesidad de no aplicar mecánicamente el Derecho dispositivo como mecanismo de integración de los contratos con condiciones generales ineficaces ha sido tomada en cuenta por el AP, que en su art. 27 ordena el recurso, en primer lugar, a "las disposiciones legales, si existieran" pero hace la salvedad de que "su aplicación no conduzca a resultados distintos de los que las partes persigan al realizar el contrato". Aunque hemos criticado el precepto por su ambigüedad y falta de concreción (supra § 18.I), podemos interpretarlo de forma coherente con lo que aquí se ha expuesto, entendiendo el inciso final en el sentido de que puede aplicarse preferentemente la interpretación integradora respecto a las normas legales dispositivas, cuando así lo exija la "finalidad que las partes persigan al realizar el contrato".

XII. La interpretación integradora en el ámbito de

³⁴⁶ DE CASTRO Derecho Civil p 399.

las condiciones generales: posibilidades y límites.

1. En la exposición que sobre la admisibilidad de la interpretación integradora en nuestro Derecho hemos realizado, nos hemos referido a los problemas que la misma plantea como instrumento de integración de las declaraciones contractuales en general. Se trata a continuación de examinar si el Derecho de las condiciones generales plantea dificultades específicas que impidan su utilización en este ámbito.

a) La primera de ellas podría venir dada por el hecho de que si es un instrumento de cobertura de lagunas contractuales provocadas porque las partes no regularon expresamente un punto concreto de la relación, es dudoso que pueda aplicarse a los supuestos en que- como ocurre en el Derecho de las condiciones generales- la laguna contractual viene provocada por la nulidad de la cláusula. En este caso, las partes pensaron y regularon expresamente la cuestión, por lo que no cabría remitirse a la hipotética voluntad de las partes- objetivada- al respecto, puesto que la misma conduciría a la regulación ineficaz o, caso de que formuláramos la pregunta de otra forma, es decir, tratando de averiguar qué regulación habrían establecido las partes de haber sabido la nulidad de la cláusula, la respuesta nos conduciría a la regulación más próxima posible a la declarada ineficaz, y por lo tanto, a una reducción conservadora de la validez.

La doctrina alemana admite no obstante la aplicación de la interpretación integradora a estos

supuestos aunque sin mayor argumentación³⁴⁷. La razón sin embargo, puede adivinarse. Para los que como Sandrock entienden la "voluntad hipotética" como la voluntad probable, dicho criterio no es aplicable a los supuestos en los que no está garantizada la justicia del contenido del contrato por la desigualdad existente entre las partes como ocurre con las condiciones generales, en cuyo caso, para aplicar la interpretación integradora hay que remitirse no a la voluntad hipotética de las partes sino a una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes. Lo que sucede, en realidad, es que, la concepción contractualista de las condiciones generales lleva necesariamente a aceptar que el contenido de las mismas es producto de la "voluntad efectiva" de ambas partes, por lo que la interpretación integradora, tal como se concibe en el Derecho privado general conduciría probablemente a la reducción. De ahí la postura de estos autores que niegan la aplicación de la interpretación integradora según "la voluntad hipotética de las partes" cuando "no está garantizada la justicia del contenido del contrato".

A nuestro juicio, el inconveniente señalado no es insalvable. Las condiciones generales no representan la voluntad de ambas partes, por lo que no debe recurrirse a las mismas para determinar la regulación sustitutiva. Para ello, según veremos inmediatamente, debe recurrirse a aquellos elementos del contrato que sean imputables a ambas partes, con lo que las consecuencias negativas señaladas no se producirán.

b) La segunda objeción a la interpretación integradora en el ámbito de las condiciones generales³⁴⁸ afirma que no puede aplicarse a las condiciones generales porque en los contratos de adhesión no hay una

³⁴⁷ Por todos SIEBERT/SOERGEL/KNOPP § 157 no 112; contra ZIMMERMANN AcP 184(1984) p 508 quien alega que no hay apoyo en el contrato para la interpretación integradora cuando la cláusula ha sido declarada nula.

³⁴⁸ Formulada por E. SCHMIDT en ESSER/SCHMIDT Allgemeiner Teil des BGB § 11 IV pp 175-176.

situación de negociación previa que pueda reconstruirse. La integración -afirman estos autores- ha de realizarse de acuerdo con el Derecho dispositivo y a falta de éste el contrato queda sin cubrir siempre que pueda ejecutarse en esas condiciones de forma razonable³⁴⁹. Esta argumentación resulta un tanto difícil de responder porque obedece a una concepción de la interpretación integradora distinta a la que aquí se ha mantenido³⁵⁰. Debe afirmarse, sin embargo, y en la línea de lo que se acaba de decir, que también en los contratos de adhesión existen elementos imputables a ambas partes; que el sentido y finalidad del contrato (la "naturaleza" en los términos del art. 1258 CC) no son contenido impuesto por el predisponente que no permita extraer una regulación supletoria. Además, admitir el desarrollo judicial del Derecho, como hacen estos autores y no admitir la integración del contrato a falta de Derecho dispositivo aplicable resulta un tanto contradictorio puesto que ambos procedimientos son homogéneos y la diferencia entre ambos no es metodológica según veremos³⁵¹.

³⁴⁹ ESSER/SCHMIDT AT p 178. Más claramente E. SCHMIDT JuS (1987) p 935.

³⁵⁰ En todo caso como no puede contestarse es como pretende H. SCHMIDT (Vertragsfolgen p 180) alegando que el carácter negocial de las condiciones generales permite buscar una voluntad hipotética común, alegación que resulta irrelevante cuando a continuación se admite, como hace este autor, que la interpretación integradora en condiciones generales consiste únicamente en integrar el contrato conforme a criterios objetivos (vid inmediatamente infra XIII).

³⁵¹ Otras críticas a la utilización de la interpretación integradora en el ámbito de las condiciones generales en TRINKNER BB (1983) pp 1873-76 quien afirma que la interpretación integradora no debe

A nuestro juicio, por tanto, no hay objeciones insalvables a la utilización de la interpretación integradora en el ámbito de los contratos celebrados conforme a condiciones generales. La única diferencia es que en éstos últimos existen menos datos específicos del contrato concreto, que permitan al juez suponer que las partes concretas habrían adoptado una solución distinta a la prevista en el Derecho dispositivo. Estos datos procederán exclusivamente de lo que las partes han previsto como elementos esenciales del contrato y de los acuerdos individuales en general, de las presuposiciones de las partes etc³⁵². Una solución diferente a la del Derecho dispositivo puede derivarse también de que el contrato celebrado se desvíe del tipo legal y haya sido configurado según su aparición usual en el tráfico.

admitirse cuando conduzca a resultados idénticos a la reducción conservadora de la validez, ni tampoco cuando se trate de integrar un elemento esencial del contrato. No parece que estos argumentos sean definitivos, como lo prueba el simple hecho de que si el Derecho dispositivo establece una regulación que no es mas que una versión reducida de la cláusula ineficaz, también la aplicación del Derecho dispositivo llevaría a "resultados idénticos a la reducción conservadora" con lo que queda patente que no puede argumentarse por los resultados. Lo fundamental es que el resultado pueda considerarse como producto de una valoración equilibrada de los intereses de las partes, y en esa medida una solución "homogénea con el Derecho dispositivo". Parecidas objeciones cabe hacer a D. COESTER-WALTJEN Jura (1988) p 116, que se ha sumado recientemente a las críticas de Trinkner. En cuanto a lo del elemento esencial, nos remitimos a lo que se expuso al respecto (supra § 9.V).

³⁵² O incluso el derecho imperativo cuando tenga función de modelo de regulación, como en el ejemplo expuesto en el epígrafe anterior (nº 3). De haber existido intereses máximos fijados por el MOPU, tales habrían constituido un precio justo, al igual que sucedía con el precio de las viviendas de protección oficial.

La doctrina alemana mayoritaria aplica la interpretación integradora, no como un régimen de integración alternativo al Derecho dispositivo, sino como régimen supletorio de segundo grado para cubrir las lagunas provocadas por la declaración de nulidad de las condiciones generales que no pudieran ser cubiertas con el Derecho dispositivo, justificando así, el proceder de la jurisprudencia. Con ello ha deformado aún más esta figura, ampliando su ámbito de aplicación y ha arrinconado la aplicación del § 242 BGB en este ámbito de funciones. A ello parecía venir obligada por imperativo legal, ya que el art. 6 II AGBG se remite a las disposiciones legales como regulación sustitutoria de primer grado, lo cual impulsa a la doctrina a afirmar que la interpretación integradora sólo podría aplicarse tras el Derecho dispositivo. Así se provoca la transformación a la que aludíamos. En concreto resulta inexplicable que un procedimiento que la doctrina mayoritaria califica como interpretativo en el ámbito del Derecho privado general³⁵³ sólo se aplique tras el Derecho dispositivo que tiene función integradora³⁵⁴. Lo que ocurre es que la interpretación integradora es, en la concepción que para las condiciones generales ha desarrollado la jurisprudencia y la doctrina alemanas, casi nunca interpretación y normalmente integración del contrato. En efecto, la doctrina alemana más reciente tiende a admitir que en realidad, aunque se sigue denominando interpretación integradora, la operación que realizan los jueces al integrar los contratos con condiciones generales nulas -cuando no aplican el

³⁵³ Por todos MAYER-MALY MunchKomm § 157 n.º 24.

³⁵⁴ Debe señalarse aquí, que no parece correcto, como hace H. SCHMIDT (Vertragsfolgen p 182) afirmar que el § 6 II de la ley alemana, al colocar como regulación sustitutiva primaria al Derecho dispositivo, "ha decidido la cuestión dudosa en la doctrina respecto a la relación entre éste y la interpretación integradora". Realmente, no debería haber inconveniente alguno en aplicar las reglas generales de la interpretación integradora también en condiciones generales puesto que si el § 6 II no hace mas que "expresar lo evidente" (H. SCHMIDT ibidem p 156) esto es, la función supletoria del Derecho dispositivo, no puede verse en él la voluntad del legislador de alterar la doctrina general del negocio jurídico, y en particular la relación entre interpretación integradora y Derecho dispositivo. Tampoco satisface la construcción elegante de NEUMANN (Reduktion p 155) que ve la armonización entre el Derecho civil general y el de las condiciones generales en relación con la interpretación integradora en que a falta de Derecho dispositivo, la interpretación integradora es admisible precisamente en los mismos casos en los que el Derecho dispositivo sería prevalente, porque la pretendida "armonización" es puramente formal.

Derecho dispositivo- no se diferencia en nada de la integración del contrato³⁵⁵.

La deformación de la interpretación integradora en condiciones generales aumenta porque aunque se sigue apoyando formalmente en la voluntad hipotética³⁵⁶ de las partes, esta voluntad hipotética no es mas que una "valoración objetiva de los intereses de ambas partes"³⁵⁷. Para completar la transformación, se afirma que la voluntad efectiva de las partes (por contraposición a la hipotética) no es un límite a la interpretación integradora³⁵⁸. La razón se encuentra, en que la integración se realiza desde una perspectiva objetiva y generalizadora y añade "una solución distinta sólo cabe cuando las partes han establecido una regulación concreta sobre un punto determinado, pero en ese caso no hay lugar a la integración judicial del contrato". La postura de la doctrina en este punto es muy significativa, y refleja la distorsión sufrida por la interpretación integradora cuando se aplica a

³⁵⁵ Así expresamente, E. SCHMIDT JuS (1987) p 935 quien afirma que la interpretación integradora en condiciones generales significa en realidad desarrollo judicial del derecho contractual. BUNTE 10 Jahre AGB-G. Ein Gewinn am Rechtssicherheit? JA (1988) pp 311-318 quien citando el art. 1.2 del Código civil suizo afirma que "cuando no se puede extraer la regulación de la ley, el juez debe decidir según el Derecho consuetudinario y, donde tampoco éste exista, según las reglas que él como legislador establecería... entre esta concepción del Derecho suizo y la jurisprudencia alemana sobre la ley de condiciones generales no existe ninguna diferencia en la práctica" (p 314); recientemente, y apoyándose en E. Schmidt, también en el mismo sentido, H. ROTH "Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht" JZ (1989) p 416: "Hierbei handelt es sich um eine eher vertragsferne, vom Gericht vorgenommene Interessenabwägung auf objektiver Grundlage und unter generalisierendem Massstab. Von der ergänzenden Vertragsauslegung der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre hat sich dieses Mittel der geltungserhaltende Reduktion weitgehend entfernt". No estamos de acuerdo con este autor en la aparente equiparación de este procedimiento con la reducción conservadora de la validez.

³⁵⁶ H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 180-181.

³⁵⁷ Vid también H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 195 donde se afirma: "esto vale aún cuando se denomine dicho proceso como de averiguación de la voluntad hipotética de las partes".

³⁵⁸ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 197. La doctrina mayoritaria afirma que en los contratos individuales, la voluntad efectiva o declarada de las partes es un límite a la interpretación integradora. Por todos MAYER-MALY Festschr. Flume I pp 625 ss.

condiciones generales. Cabe preguntarse, en efecto, que si la voluntad de las partes es irrelevante ¿cómo se puede seguir hablando de una integración según la voluntad hipotética? Si a las partes se les impone algo "no querido" es por fuerza del Derecho no en vía interpretativa. En realidad, en este supuesto, y tal como señalamos más arriba, lo que ocurre es que la doctrina utiliza patrones contractualistas y ha de afirmar que las condiciones generales reflejan la "voluntad efectiva" de ambas partes.

Si se hubiera recurrido, como aquí se ha propuesto para el Derecho español a la integración como instrumento supletorio de segundo grado tras el Derecho dispositivo, y a la interpretación integradora -con preferencia respecto al Derecho dispositivo- sólo en los casos especiales en que el Derecho dispositivo resultara inadaptado al contrato celebrado, la interpretación integradora hubiera conservado la función que tiene en el Derecho privado general y no hubiera llegado a confundirse con la integración en sentido estricto³⁵⁹.

Por lo tanto, la regla general es que las condiciones generales ineficaces se sustituyen por el Derecho dispositivo. Excepcionalmente, sin embargo, puede no aplicarse el Derecho dispositivo en favor de una solución diferente cuando ésta sea la más congruente con el contrato efectivamente celebrado (interpretación integradora) porque existan datos en el mismo que así lo indiquen, los datos pueden ser individuales o comunes a todos los contratos celebrados conforme a unas

³⁵⁹ No creemos que tal ordenación resultase vetada por el § 6 AGBG que ordena recurrir a las disposiciones legales como fuente primaria de integración del contrato, ya que -como hemos visto- esta función le corresponde al Derecho dispositivo en general, y no sólo en materia de condiciones generales. Ello se corrobora por el hecho de que la doctrina señale que el párrafo citado no hace sino "recoger lo evidente" (Por todos H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 156: "Die Vorschrift bringt nur Selbstverständliches zum Ausdruck"). Si ello es así, ¿por qué no aplicar al Derecho de las condiciones generales las reglas que rigen la aplicabilidad de la interpretación integradora en el Derecho privado general? La consecuencia lógica de tal aplicación sería que podría aplicarse con preferencia la interpretación integradora respecto al Derecho dispositivo.

condiciones generales determinadas.

XIII La integración de los contratos con condiciones generales ineficaces.

1. Dentro de este ámbito de problemas, resta por analizar la cuestión de la integración en sentido estricto según el art. 1258 CC. De acuerdo con todo lo que hasta ahora se ha expuesto, el recurso a la buena fe y a los usos sólo es legítimo en ausencia de derecho dispositivo aplicable. Por lo demás, el criterio de la buena fe en el cumplimiento de estas funciones resulta plenamente adaptado al supuesto de las condiciones generales.

Antes de examinar dicho instrumentario, conviene hacer una referencia a la distinción entre los supuestos de integración del contrato en sentido estricto, de aquellos en los que lo que se integra es la propia ley que carece de una respuesta para el problema planteado por la falta de regulación contractual. Es decir, distinguir los supuestos en los que el juez integra el contrato aplicando normas preexistentes (extraídas del Derecho dispositivo o de la buena fe o los usos) de aquellos otros en los que desarrolla -fundamentalmente en vía analógica iuris o legis- el Derecho dispositivo. Como se observará inmediatamente, en caso de que afirmásemos que la actuación del juez al integrar el contrato supone ya desarrollo judicial del Derecho y, por lo tanto, creación de normas, no haría falta un

"régimen supletorio de segundo grado" -a falta de Derecho dispositivo-- puesto que las soluciones aplicadas por el juez serían también normas equiparables al Derecho dispositivo³⁶⁰.

La distinción entre uno y otro procedimiento, según se ha sostenido, podría fundarse en la diversidad de supuestos a los que se enfrenta el juez. Así, cuando el caso sea excepcional o atípico, la solución del juez debería alcanzarse por vía de integración del contrato, mientras que cuando el supuesto sea típico y se repita frecuentemente en el tráfico, la solución ha de obtenerla el juez por vía de desarrollo judicial del derecho³⁶¹. Frente a este planteamiento, se ha opuesto que los requisitos que normalmente se exigen al desarrollo del Derecho dispositivo no son exigibles en la integración de los contratos con condiciones generales ineficaces. En estos supuestos, al juez le basta con establecer una regulación que responda a una ponderación equilibrada de los intereses de ambas partes sin que esa regulación haya de ser la única posible ni tenga que valer para todos los contratos que del mismo tipo se celebren³⁶².

A nuestro juicio, desde el punto de vista metodológico, no hay diferencia alguna entre el modo de proceder del juez en uno y otro caso, esto es, cuando

³⁶⁰ Vid. H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 169.

³⁶¹ Así SANDROCK Vertragsauslegung pp 63 s.

³⁶² SCHMIDT Vertragsfolgen p 169.

integra el contrato de acuerdo con la buena fe y cuando integra la ley³⁶³. El juez ante la falta de una previsión específica en el Derecho dispositivo, puede y debe limitarse a establecer una solución basada en una valoración equilibrada de los intereses de las partes, esto es, conforme con la valoración que de los mismos hace el ordenamiento. Naturalmente, esto no significa que cuando un juez integra un contrato concreto renuncie a que su decisión valga para los futuros casos similares³⁶⁴. Pero que dicha solución acabe considerándose desarrollo judicial del Derecho y acabe pasando a formar parte de lo que se conoce como doctrina legal, esto es, el conjunto de reglas que no estando recogidas en la ley se aplican de modo reiterado y uniforme por la jurisprudencia, no depende del juez concreto, sino de que el caso juzgado sea suficientemente típico y de que la solución adoptada responda a un principio jurídico generalizable que por su capacidad de convicción en la valoración jurídica que contiene y por insertarse sin ruptura en el ordenamiento³⁶⁵ sea objeto de recepción por la comunidad jurídica³⁶⁶. En definitiva, el problema de cuándo la

³⁶³ Vid. también NEUMANN Reduktion p 131 quien señala que la diferencia es "puramente terminológica".

³⁶⁴ ROTH MunchKomm § 242 no 13.

³⁶⁵ Sobre estos rasgos vid. LARENZ Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen Karlsruhe 1965 p 13.

³⁶⁶ Para un correcto entendimiento del llamado Derecho judicial vid recientemente el excelente trabajo de E. PICKER "Richterrecht oder Rechtsdogmatik-Alternativen der Rechtsgewinnung?" JZ (1988) pp 1-12 y

solución en vía de integración del contrato se convierte en norma jurídica, no puede decidirse en el momento en que el juez dicta la solución sino cuando dicha solución pasa a formar parte del "arsenal jurídico" de los jueces³⁶⁷. Tratar de decir a priori que el juez debe sólo integrar el contrato y no desarrollar el Derecho es como poner puertas al campo.

Algunos autores han mantenido que entre integración del contrato y desarrollo del Derecho dispositivo habría una diferencia metodológica. Si el supuesto es típico el juez debe desarrollar el Derecho dispositivo de acuerdo con el "método del legislador", esto es, tomando lo que de general tiene el caso, y realizando una valoración de intereses estableciendo la regulación adecuada no para ese sino con la vista puesta en futuros casos similares³⁶⁸. Si el supuesto es atípico, entonces el juez debe integrar el contrato de acuerdo con el método casuístico, estableciendo una

62-75. Esp. pp 70 ss donde se rechaza la calificación del "Derecho judicial" como fuente del Derecho independiente y se afirma el papel de la judicatura como "iniciadora" (p 74) en la creación y desarrollo de normas jurídicas, las cuales únicamente pueden considerarse como tales cuando las decisiones judiciales son objeto de una "Rezeption" por la comunidad jurídica añadiendo que la concreción de la norma no se produce en una sentencia concreta sino tras el análisis de muchas decisiones judiciales que permitan afirmar que la solución se ha consolidado. Vid. también J. MIQUEL Derecho Romano Barcelona 1988 pp 25-26 donde se realiza una interesante comparación entre el proceso de "creación" de normas a través de las decisiones individuales de los jueces, con la evolución de la lengua por medio de la realización individual de la misma. En efecto, al igual que ocurre en el Derecho, cuando la práctica individual (habla) se asienta y se convierte en norma y pasa a formar parte del sistema (lengua). En concreto "una innovación afortunada de un pretor, que decide dotar de un remedio procesal una situación que considera digna de protección, pasa, a fuerza de ser repetida, a ser ius honorarium a través del Edicto del pretor, y finalmente puede llegarse a su recepción por parte del ius civile".

³⁶⁷ Vid. PICKER JZ (1988) p 73.

³⁶⁸ O. SANDROCK Vertragsauslegung p 62ss.

regulación.

A nuestro juicio, de la corrección de la posición aquí mantenida habla el hecho de que a poco que se examinen los trabajos más recientes en los que se realiza una valoración de la actividad jurisprudencial de la AGBG se comprueba que todos ellos coinciden en afirmar que los tribunales han llevado a cabo un auténtico desarrollo del Derecho de obligaciones³⁷⁰.

2. La buena fe a la que se refiere el art. 1258 CC significa valoración equilibrada de los intereses de las partes lo que está plenamente adaptado al supuesto de las condiciones generales³⁷¹. Esta concepción de la buena fe es, además, congruente con la regla general, esto es, a la aplicación del Derecho dispositivo, en cuanto que -admitido- que el Derecho dispositivo se basa en una valoración equilibrada de los intereses de las partes, la labor del juez integrando el contrato de acuerdo con las exigencias de la buena fe, se está remitiendo a los mismos criterios que están en la base del Derecho dispositivo.

Se logra, además, con ello, la unidad necesaria entre el control (y la eventual declaración de ineficacia) y la regulación sustitutiva en cuanto que el control se realiza precisamente examinando la conformidad con la buena fe de las cláusulas de condiciones generales (art. 10.1 c) LCU) que, en este grupo de casos se concreta como una comparación de la cláusula con la regulación correspondiente del Derecho

³⁶⁹ Crítico, ROTH MunchKomm § 242 no 14 y NEUMANN Reduktion p 124).

³⁷⁰ Vid, por todos, P. ULMER ADC (1988) pp 775-776; SCHLECHTRIEM Schuldrechtsreform p 50ss.

³⁷¹ Por todos, H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 195.

dispositivo y a falta de este atendiendo a la naturaleza del contrato y a la distribución de riesgos que de ella se deduce (art. 8 II AP). Por lo tanto, resulta coherente que la regulación sustitutiva se establezca como aquí se ha propuesto- atendiendo prima facie al Derecho dispositivo derogado por las condiciones generales abusivas y en su defecto -y a salvo de los supuestos de aplicación de la interpretación integradora- por la regulación "conforme con la buena fe" en el tenor del art. 1258 CC.

Un ejemplo de la corrección de lo que se ha expuesto puede extraerse de la jurisprudencia sobre el art. 1258 CC. Utilizaremos para ello la reciente STS 23.3.1988 (Ar 2225)³⁷². Los hechos eran los siguientes: Un sujeto sufre un accidente esquiando debido al mal estado de la pista en una estación invernal. En los telesillas no había información alguna respecto a que la pista se encontrase en mal estado. El accidentado reclama la indemnización de los daños y perjuicios a la empresa concesionaria de los remotes mecánicos. El Tribunal Supremo accede a la indemnización afirmando la responsabilidad contractual de la concesionaria con la argumentación de que los daños corporales se habían producido como consecuencia del incumplimiento de obligaciones accesorias son indemnizables:

"De los hechos puestos de relieve... la sentencia recurrida extrae la conclusión de ser indudable que las precauciones que adoptaba Baqueira Beret SA... constituían un "uso" a los efectos del art. 1258 CC destinado a facilitar la práctica del esquí a los clientes de la estación entendiendo que las obligaciones contractuales de Baqueira Beret SA respecto a los que usaban los servicios mecánicos de telesillas y telesquís se extendían no sólo a la operación material del transporte sino, también a la información puntual sobre el estado de las pistas de nieve donde el deporte había de practicarse, articulando la demandada en relación a lo aquí consignado el tercer motivo de su recurso... en la aplicación indebida del art. 1258 CC por entender la recurrente que como concesionaria del servicio público de transporte por cable la única obligación que le incumbía respecto a los usuarios de telesillas y telesquís era la del transporte y no

³⁷² Repetida en Ar 2226.

la de adoptar las medidas que la resolución impugnada le atribuía, por lo que según la "naturaleza" de su obligación como porteador no podía imponérsele, como responsabilidad contractual la derivada del mal estado de una de las pistas de nieve para esquiar, origen del evento dañoso cuya indemnización se le reclamaba, en el caso las lesiones sufridas por el actor al esquiar por dicha pista. El motivo no puede ser estimado, por cuanto de las afirmaciones fácticas que el pronunciamiento judicial combatido pone de relieve, resulta que las obligaciones asumidas por Baqueira Beret SA y aceptadas por sus clientes no se circunscribían como aquella entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas lo que determina que la naturaleza de la convención imponía a Baqueira Beret SA las consecuencias que en orden a la información sobre el estado de las pistas de nieve a los que usaran sus medios mecánicos de transporte le imponía la sentencia recurrida que, por consiguiente aplicó rectamente el precepto del Código Civil cuya infracción se acusa".

Supongamos que en las condiciones generales de la empresa concesionaria se encontrase una exclusión de responsabilidad por la falta de información o por el carácter defectuoso o erróneo de la misma. Tal exclusión de responsabilidad sería ineficaz por contraria a la buena fe. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal tendría que decidir, previamente, cuál es la regulación conforme con la buena fe. Dado que no hay derecho dispositivo respecto a los contratos de "telesilla", resulta necesario recurrir al art. 1258 CC (que recuerda la obligatoriedad para las partes de los elementos naturales del contrato) que, sirve aquí, por tanto, no sólo como instrumento de integración del contrato sino también como concreción de la cláusula general de buena fe del art. 10.1 c) LCU, con lo que se comprende que los problemas de la integración y los de aplicación de la cláusula general de buena fe para el control del contenido no son sino las dos caras de la misma moneda, lo que nos dispensa de examinar aquí con detalle la aplicación del art. 1258 CC, remitiendo tal tratamiento al examen de la cláusula general de buena fe, que no forma parte de este estudio.

En los ordenamientos que poseen un control abstracto de las condiciones generales, puede acudirse a las sentencias que declaran la ineficacia de la cláusula en el ámbito del control abstracto para determinar la

"valoración equilibrada" de los intereses de las partes. En las mismas se señalará a menudo cuál es la regulación equilibrada que la cláusula abusiva viola de modo que dicha regulación equilibrada puede utilizarse en el ámbito individual como directivas para la integración³⁷³.

La doctrina alemana entiende que las circunstancias de la celebración del contrato no son relevantes³⁷⁴ y que la solución hallada debe valer como solución general adecuada para resolver una contraposición de intereses típica³⁷⁵. La valoración se hace, pues, de manera general y objetiva, esto es, sin tener en cuenta las circunstancias del caso³⁷⁶. La argumentación es similar a la que se utiliza para justificar la interpretación típica de las condiciones generales³⁷⁷.

§ 20. TERCERA REGLA: LA NULIDAD TOTAL DEL CONTRATO
COMO REGLA EXCEPCIONAL: EL ARTICULO 10.4.II LCU.

I. El contenido de la norma.

El artículo 10.4 II LCU ordena la nulidad total del contrato cuando, una vez realizado el control del contenido, "las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las partes en la relación contractual". La nulidad total se produce, pues, cuando el control del contenido deja desequilibrado el

³⁷³ H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 199.

³⁷⁴ Por todos, H. SCHMIDT ibidem p 200.

³⁷⁵ H. SCHMIDT ibidem p 197 "Anspruch auf Allgemeingültigkeit der Vertragsergänzung".

³⁷⁶ ULMER NJW (1981) p 2031. Contra LINDACHER § 5. 1; SCHLOSSER § 5.29 Y Jura 1984 p 642 nota 25.

³⁷⁷ Vid al respecto ALFARO RDM (1987) pp 19-26.

contrato.

El precepto fue introducido en la discusión parlamentaria, y su origen parece estar claramente en el § 6 III AGB-G alemana que utiliza igualmente un criterio objetivo, el de la "dureza irrazonable" (Unzumutbare Härte) para delimitar los casos excepcionales en los que la consecuencia del control es la nulidad total. El precepto de la LCU, en contra de algunas voces muy autorizadas³⁷⁸, constituye una regulación acertada, tanto en lo que se refiere a su existencia misma, como en lo relativo al criterio aislado para determinar su supuesto de hecho. No cabe decir lo mismo de su redacción (y ello es probablemente lo que ha provocado que este sector doctrinal haya afirmado que no debería haberse incluido en la ley³⁷⁹). El tenor literal es, en efecto, desafortunado. El 10.4 II LCU afirma que la nulidad total debe desencadenarse cuando "las cláusulas

³⁷⁸ R. BERCOVITZ Estudios pp 202-3; CLAVERIA LA LEY (1989) Nº 2204 p 3; también muestra su extrañeza LACRUZ Elementos p 43 acusando al precepto de "neutralidad mal entendida"; Vid. también JORDANO FRAGA RDM (1984) p 701 quien hace una interpretación, a nuestro juicio bastante extraña del artículo que comentamos: "Esta nulidad del entero contrato, no es, en realidad, aplicación de los principios de la nulidad parcial (lo subsistente no se concibe sin lo ineficaz), sino que en sí mismo lo subsistente es ineficaz por contrariar las exigencias de la buena fe y del justo equilibrio a que se refiere el art. 10.1 c) LCU... En estas condiciones, se comprende que el interés de la parte débil como el del propio ordenamiento (todo el contrato es ilegítimamente perjudicial), esté en la ineficacia total de la relación".

³⁷⁹ Vid nota anterior. CLAVERIA (ibidem) extiende la crítica al art. 27 AP en su referencia a que el Derecho dispositivo no se aplica como regulación supletoria cuando su aplicación conduzca a resultados distintos de los que las partes hubieran perseguido al celebrar el contrato.

subsistentes" determinen la situación inequitativa, con lo que, tomado al pie de la letra, el precepto parece indicar que el juez, para decidir si el contrato entero debe perecer, debe examinar cómo queda la situación contractual de las partes tras el control del contenido, esto es, tras la declaración de nulidad de cláusulas de condiciones generales concretas, pero antes de su integración con el Derecho dispositivo y los criterios señalados por el art. 1258 CC.

2. Esta interpretación, nos parece, es radicalmente errónea; y ello por varios motivos. En primer lugar, porque resulta incompatible con la finalidad del precepto. Como sabemos, el precepto establece la nulidad parcial del contrato con condiciones generales abusivas con el fin, precisamente, de evitar las consecuencias perjudiciales que la nulidad total -y consiguiente pérdida de la prestación- tendría para el adherente. Si el análisis de la situación inequitativa lo hacemos antes de la integración, la regla general (nulidad parcial) corre el riesgo de convertirse en excepcional, cediendo su puesto a la regla de la nulidad total. En segundo lugar, la interpretación literal que analizamos es objetable por ser incompatible con la finalidad de la ley, porque si lo que la LCU pretende es lograr que los contratos de adhesión tengan un contenido equilibrado, lo lógico es que cuando sean declaradas nulas condiciones generales las mismas se sustituyan por la regulación equilibrada representada por el Derecho

dispositivo y demás medios de integración. De lo contrario, poco habríamos logrado. En tercer término, es criticable porque conduce a resultados absurdos. En efecto, ¿cómo puede decidir el juez si el contenido del contrato es inequitativo si previamente no determina cuál es el contenido del contrato? Imaginemos que el juez declara nula una cláusula de exención de responsabilidad ¿cómo puede saber si el contrato determina una situación inequitativa para las partes sin afirmar primero que en lugar de la cláusula de exención se aplica el Derecho dispositivo y que, por tanto, el predisponente responde? Resulta claro, por consiguiente, que no puede ni siquiera dudarse de que el art. 10.4 II LCU, a pesar de su tenor literal, se aplica una vez integrado el contrato conforme con el Derecho dispositivo y las reglas del art. 1258 CC³⁸⁰.

3. El ámbito de aplicación del precepto que nos ocupa debe configurarse, por las razones expuestas, de manera muy restrictiva. Sólo incluye, por tanto los **supuestos excepcionales** de situaciones inícuas. Por esta razón, debe contradecirse, asimismo, la línea interpretativa que considera que el ámbito de aplicación del precepto es más amplio que el que aquí se le ha atribuido, pretendiendo que el 10.4 II LCU vendría a decir algo sustancialmente distinto de lo que afirma

³⁸⁰ Conclusión a la que llega la mayoría de la doctrina. LOPEZ-SANCHEZ RGLJ (1987) p 648; DUQUE EC 3(1984) p 72... Confuso, CLAVERIA LA LEY (1989) nº 2204 p 3: "habrá que recomponer la completa regla negocial partiendo de las que quedan subsistentes".

el § 6 III AGBG³⁸¹. Tanto la finalidad de la LCU, como el carácter de excepción a la regla general de la nulidad parcial que tiene el art. 10.4 II LCU ("no obstante, cuando las cláusulas subsistentes..."), impiden extender más allá de los casos límites la consecuencia prevista en el art. 10.4 II. La expresión "situación inequitativa" significa situación contraria a la equidad, es decir, que resulte contrario a la equidad considerar a cualquiera de las partes vinculada al contrato una vez realizados el control y la integración del mismo. Obviamente, si la equidad no significa más que "justicia natural" (García Goyena), sólo será inequitativo seguir considerando vinculado al predisponente cuando ello le suponga un sacrificio desproporcionado o un perjuicio irrazonable, de modo que no hay en realidad diferencias sustanciales entre el 10.4 II LCU y el § 6 III AGBG que utiliza el concepto de

³⁸¹ Así R. BERCOVITZ Estudios pp 202-3; CLAVERIA (LA LEY nº 2202 p 3) quien afirma "este texto que no debería haberse incluido en la ley, puede convertir a ésta en parte en papel mojado, inutilizando el párrafo 1º. En efecto... los asesores del empresario predisponente... pueden de hecho disponer el clausulado contractual... de tal modo que suprimidas las cláusulas abusivas... las que queden subsistentes determinen una situación no equitativa de las partes contra dicho predisponente provocándose la aplicabilidad de este parr. 2º del nº 4 del art. 10...". En nuestra opinión tal afirmación carece de cualquier apoyo sociológico o jurídico. Nos preguntamos cómo puede el predisponente establecer las cláusulas de tal modo que declarada su nulidad quede una situación inequitativa ¿es que al predisponente le será indiferente que puedan ser declarados nulos totalmente no sólo ese contrato sino todos aquellos que contuviesen una cláusula semejante? Como veremos más adelante al exponer los grupos de casos en los que entra en juego el art. 10.4 II LCU, es difícil imaginar tal situación.

"dureza irrazonable"³⁸².

4. Por lo demás, la norma no plantea excesivos problemas interpretativos. Ha de aclararse, en primer lugar, la naturaleza de esta aparente nulidad total, en segundo lugar, deben señalarse criterios para que el juez pueda llevar a cabo la valoración que le conduzca a

³⁸² Toda la doctrina y jurisprudencia alemanas, a las que hay que remitirse a la vista de los antecedentes del precepto, subrayan que el supuesto contemplado en este artículo es absolutamente excepcional (Vid. por todos ULMER/SCHMIDT § 6 n.º 58. Hasta el punto de que estos autores afirman que entre las ¡más de mil! sentencias que han aplicado la AGBG en los últimos diez años "ist bisher kein Fall bekannt geworden in dem die Gesamtunwirksamkeit des Vertrages nach § 6 Abs 3 bejaht worden wäre"..) Contra la equiparación entre el precepto alemán y el español, R. BERCOVITZ (Estudios p 203) quien a pesar de que había reconocido que el legislador de la LCU había seguido el modelo alemán (p 202) interpreta la expresión situación inequitativa de manera diferente a la alemana "dureza irrazonable, entendiéndolo, consecuentemente que la LCU es criticable porque la nulidad total sólo debería entrar cuando el mantenimiento del contrato suponga un sacrificio difícilmente soportable para el empresario (y no cuando no reciba un trato equitativo) (p 203). A nuestro juicio los argumentos de Bercovitz son muy débiles y contienen algunas consideraciones erróneas. En primer lugar, si se reconoce el origen del precepto de la LCU en la ley alemana, y se sabe que en la ley alemana el equivalente es absolutamente excepcional ¿qué argumentos hay que llevan al prof. Bercovitz a afirmar que la nulidad parcial "frecuentemente (yo diría que en la mayoría de los casos)... provocará esa situación no equitativa para el empresario... Lo que aparece como solución última será posiblemente la solución normal"? (p 203). A nuestro juicio, para llegar a la conclusión que llega Bercovitz, habría de probarse previamente que no es posible una interpretación del precepto que examinamos en el mismo sentido que el § 6 III AGBG. Como se afirma en el texto, la expresión "situación inequitativa" puede -y debe- entenderse perfectamente como referida a situaciones excepcionales. Por otro lado, en modo alguno puede considerarse inequitativa la regulación contractual que resulta de aplicar el Derecho dispositivo y lo que sea "conforme con la buena fe, los usos y la ley", de forma que no podemos compartir los temores expresados por este autor.

decidir si debe admitir la nulidad total; y en tercer lugar, hay que sistematizar los grupos de casos en los que el precepto es aplicable. Todo ello se expondrá brevemente, dada la escasa significación práctica del precepto³⁸³.

II. Naturaleza jurídica de la ineficacia del art.

10.4 II LCU.

1. El artículo 10.4 II LCU parece establecer un supuesto de nulidad absoluta del contrato que se produciría ex lege una vez que el juez comprobase que la situación contractual resultante del control es inequitativa para cualquiera de las partes³⁸⁴. Esta opinión tendría a su favor el tenor literal del precepto que utiliza el futuro ("será ineficaz"). Sin embargo, como ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina alemana, admitir que estamos ante un supuesto de nulidad que opere ipso iure resulta claramente inconveniente³⁸⁵. El argumento fundamental es que no hay razón alguna para

³⁸³ La exposición más completa del precepto equivalente es la de H. SCHMIDT Vertragsfolgen pp 234 ss.

³⁸⁴ Así se manifiesta un gran sector de la doctrina alemana. Vid por todos SCHLOSSER § 6.12 y autores citados por H. SCHMIDT Vertragsfolgen p 237 nota 22. La doctrina española netamente, sin profundizar en la calificación, habla de nulidad total. BERCOVITZ Estudios pp 202-203; CLAVERIA LA LEY (1989) p 2204; JORDANO FRAGA RDM (1984) p 701.

³⁸⁵ ULMER/SCHMIDT § 6.64. Más ampliamente, SCHMIDT Vertragsfolgen pp 237-238. La doctrina mayoritaria habla de Nichtigkeit. Contra aparentemente, JORDANO FRAGA RDM (1984) p 701.

declarar la nulidad del contrato cuando la parte para la cual la situación determinada por el control del contenido (y la integración del contrato) es inequitativa, desea sin embargo, que el contrato siga valiendo. El ordenamiento carece de interés en declarar la nulidad más allá del interés de la parte, normalmente el predisponente, en cuyo favor se dicta la norma que provoca la nulidad total.

2. Bien es verdad, que podría entenderse que nos encontramos ante un supuesto de nulidad absoluta, que no puede ser apreciada de oficio, es decir, que requiere, para su declaración, solicitud de la parte legitimada por el perjuicio inequitativo que se le infiere³⁸⁶. Aún así, esta idea no convence. El precepto no habla de nulidad, sino que emplea el término menos comprometido de ineficacia. La nulidad radical no es, en efecto, la única forma de ineficacia prevista en nuestro ordenamiento. Si se observa atentamente la ratio del art. 10.4 II LCU comprobaremos que estamos lejos de los supuestos en los que los particulares han sobrepasado los límites de la autonomía privada marcados por los

³⁸⁶ A pesar de que la doctrina, tal vez mayoritaria siga entendiendo que los supuestos de nulidad absoluta se caracterizan, entre otras cosas, porque puede apreciarse de oficio (vid. por todos DE CASTRO Negocio, p 476; DIEZ-PICAZO/GULLON Sistema pp 112-113 con alguna matización), hoy parece acreditarse la opinión, más matizada, que admite casos de nulidad absoluta que sólo operan a instancia de parte, al ponerse el acento no tanto en la distinción entre nulidad y anulabilidad como en el del interés protegido por la norma contravenida (Vid., por todos, DELGADO en LACRUZ Elementos II 29 pp 350).

art. 6.3 y 1255 CC (que son los supuestos típicos que llevan aparejada la nulidad radical) y que, en cambio, nos encontramos más cerca de los supuestos de anulabilidad. En efecto, el art. 10.4 II LCU es una norma dirigida a proteger a la parte que se ha visto afectada profundamente en su situación contractual como consecuencia del control.

4. Tampoco creemos, sin embargo, que pueda calificarse el supuesto de anulabilidad, puesto que en principio (en la situación originaria) nos hallamos ante un contrato perfectamente válido (el contrato es válido por mandato legal toda vez que la ley ordena conservarlo una vez amputadas las cláusulas abusivas)³⁸⁷. Por otra parte, la tesis de la anulabilidad casa mal con las situaciones típicas a que esta figura trata de poner remedio: problemas de capacidad y de consentimiento viciado. La que nos ocupa no es una situación análoga ya que el hecho que la fundamenta es una situación inequitativa, esto es, un resultado objetivo cuya existencia se determina con independencia de que el predisponente hubiera o no celebrado el contrato sin las cláusulas nulas.

³⁸⁷ Este argumento no vale para la doctrina mayoritaria que entiende que los supuestos de anulabilidad implican la validez inicial y plena del negocio (Vid. por todos DIEZ-PICAZO/ Sistema p 121). Sin embargo, creemos que es eficaz desde el punto de vista de la doctrina más atendible, a tenor de la cual, la anulabilidad supone un vicio de validez original y claudicante (Vid. DE CASTRO Negocio p 498; DELGADO en LACRUZ Elementos II 2º p 357)

5. Lo anterior tampoco quiere significar que nos encontremos ante un supuesto de resolución contractual³⁸⁸. La razón es que, aunque se ha admitido la posibilidad de resolución en supuestos distintos al incumplimiento, ni el fundamento, ni los demás supuestos de resolución distintos del incumplimiento encajan en el precepto que examinamos. Así, aunque la resolución no sea una sanción del deudor incumplidor sino más bien "una medida de protección del interés del contratante cumplidor"³⁸⁹, en el caso de las condiciones generales estamos ante una situación que nada tiene que ver con ésta. Tampoco es que la prestación sea imposible ni que se haya frustrado la finalidad del contrato, supuesto que es probablemente más bien un caso de falta de causa sobrevenida.

6. A nuestro juicio, el supuesto que examinamos encaja más bien en la figura de la rescisión (arts. 1290 ss CC). Creemos que en su apoyo pueden citarse los siguientes argumentos:

a) En primer lugar, y como cuestión previa, ha de subrayarse que esta calificación es perfectamente compatible con el tenor del precepto que habla de

³⁸⁸ En este sentido se manifiesta, no obstante ULMER/SCHMIDT, § 6.64 y sobre todo SCHMIDT Vertragsfolgen pp 237-238. Ha de decirse, sin embargo, que estos autores se ven compelidos por su propio sistema a sostener esta tesis, ya que la nulidad absoluta (tesis mayoritaria) implica apreciación de oficio.

³⁸⁹ Vid. por todos, DIEZ-PICAZO Fundamentos pp 856 ss p 857.

ineficacia, ya que la rescisión es una "figura de ineficacia"³⁹⁰. Además, en nuestro Derecho, la rescisión -si bien está prevista sólomente para casos muy concretos- es una figura que el legislador presupone operativa en casos distintos a los previstos en el Código Civil.- En efecto, en virtud del nº 5º del art. 1291 CC, la rescisión de contratos válidos puede operar no sólo en los casos censados en los anteriores números del artículo sino en "cualesquiera otros en que especialmente lo determine la ley".

b) En segundo lugar, la ratio del art. 10.4 II LCU, según hemos tenido oportunidad de exponer, encaja perfectamente en la de los supuestos de rescisión tal como ésta se configura doctrinalmente: "un remedio <<in extremis>> arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley pero que se estima especialmente injusto"³⁹¹. Obsérvese que en el caso del art. 10.4 II LCU nos encontramos ante un contrato válido, porque la ley ordena que se eliminen las condiciones generales abusivas y se mantenga el resto del contrato. Se cumple, pues, el requisito del art. 1290 CC, que diferencia claramente la rescisión de

³⁹⁰ El hecho de que el art. 10.4 II LCU no se refiera específicamente a la rescisión no es obstáculo alguno dada la absoluta falta de precisión técnica del art. 10 LCU.

³⁹¹ DE CASTRO Negocio p 520. En la p. 519 De Castro recoge los antecedentes de la rescisión y cita las siguientes palabras de García Goyena al decir que los jurisconsultos romanos "no concedían restitución sino contra los contratos que atendido el rigorismo de Derecho eran válidos si bien destituidos de equidad". Vid. también LACRUZ Elementos II 2º p 398.

otros supuestos de ineficacia. Además el perjuicio para el contratante surge de la ley, que al ordenar la eliminación de las condiciones generales abusivas e integrar el contrato, puede alterar notablemente el equilibrio pactado. A lo que se añade su carácter de remedio in extremis y sólo, por su carácter excepcional que ya ha sido señalado, cuando se estima "especialmente injusto" el que el contratante siga vinculado.

c) Debe añadirse, por último, que la rescisión presenta la ventaja de ser aplicable únicamente a solicitud del perjudicado³⁹², lo que -como hemos dicho- parece más coherente con el respeto a la autonomía privada que permitir que el juez la aprecie de oficio³⁹³.

7. En cuanto a los efectos del ejercicio de la acción de rescisión, el art. 1295 CC ordena "la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato

³⁹² cuanto a su alegación procesal, el predisponente podrá solicitar la rescisión en la contestación a la demanda del adherente en la que éste solicita que se declaren nulas determinadas condiciones generales. El predisponente solicitará en ese momento que, si se atiende al petitum de la demanda se declare la ineficacia del contrato entero afirmando su carácter extraordinariamente perjudicial para él.

³⁹³ De los supuestos regulados en el art. 1291 CC se deduce además el carácter objetivo de la lesión que caracteriza a los contratos rescindibles, lo que según hemos visto, sucede también en el art. 10.4 II LCU, donde su supuesto de hecho no es la voluntad hipotética del predisponente ("en esas condiciones no hubiera celebrado el contrato") sino un perjuicio económico notable y objetivamente comprobable. Para la rescisión en general, señala De Castro "se requiere... la existencia... del perjuicio económico". (DE CASTRO Negocio p 523).

con sus frutos y del precio con sus intereses", o, como dice De Castro "tornar las cosas al estado anterior en su aspecto económico"³⁹⁴. Los negocios derivados del rescindido no resultan por ello inválidos y, por último, también se adapta perfectamente al supuesto que contemplamos el hecho que el sujeto pasivo de la acción rescisoria pueda optar entre la devolución del objeto del contrato o abonar el importe del perjuicio³⁹⁵.

En los contratos de duración y de acuerdo con la finalidad del art. 10.4 II LCU consistente en impedir un perjuicio especialmente notable para uno de los contratantes, los efectos de la rescisión serán diferentes según que el perjuicio se haya producido ya o no. Si no se ha producido todavía, el contrato queda eficaz ex nunc. El art. 1295 CC está pensado para los contratos de ejecución instantánea³⁹⁶. Si el hecho que ocasiona el perjuicio se ha producido ya, parece que para que la norma tenga algún sentido, debe permitirse la ineficacia ex tunc³⁹⁷.

III. Criterios para determinar la aplicabilidad del art. 10.4 II LCU.

³⁹⁴ DE CASTRO Negocio p 527; vid. también LACRUZ Elementos pp 407-408; MORENO QUESADA Comentarios al Código Civil T. XVII vol 2º p 166

³⁹⁵ DE CASTRO Negocio pp 527-28; LACRUZ Elementos II 2º p 408.

³⁹⁶ Por analogía con la resolución. Debe recordarse que el art. 1124 CC se remite al art. 1295 CC.

³⁹⁷ SCHMIDT Vertragsfolgen p 239.

Para decidir si la nulidad parcial del contrato y la consiguiente integración ha dado lugar a una situación inequitativa, el juez debe realizar una valoración de los intereses en juego. A tal fin, debe tenerse en cuenta que el interés del adherente consiste en la celebración y ejecución del contrato conforme a condiciones equilibradas y el del predisponente-protegido por el art. 10.4 II LCU es el de no quedar vinculado a un contrato que ha quedado económicamente muy modificado por la intervención judicial en su perjuicio y también tenerse presente que no es objetivo de la ley otorgar beneficios al adherente (en forma de precios ridículos) con los que no tenía por qué contar.

En la valoración concreta de cada caso han de considerarse todas las circunstancias específicas que lo rodean³⁹⁸. El hecho de que típicamente sea un contrato perjudicial no es suficiente para poder pedir la rescisión. Es necesaria la prueba de que, en el caso concreto, el mantenimiento del contrato produce al contratante un perjuicio económico considerable.

Como criterios auxiliares, la doctrina enumera los siguientes³⁹⁹: a) La estructura del contrato: parece lógico que la existencia del perjuicio sea más fácilmente admisible en las relaciones duraderas que en los contratos de ejecución instantánea; en contratos donde las viculaciones sean más numerosas (contratos de

³⁹⁸ H. SCHMIDT ibidem p 242s.

³⁹⁹ H. SCHMIDT ibidem pp 243 ss a quien seguimos en la exposición de los criterios.

distribución) que en los más simples de intercambio (compraventa, arrendamiento...); b) la importancia de las cláusulas en la ejecución del contrato. Por ejemplo: si la cláusula cuya eliminación provoca la situación inequitativa es la de exención de responsabilidad por vicios ocultos, no podrá pedirse la rescisión cuando el objeto ha sido entregado ya y se ha revelado no defectuoso o cuando el plazo legal de garantía ha transcurrido ya. Por lo tanto, conforme avance la ejecución del contrato la posibilidad de recurrir al 10.4 II es menor⁴⁰⁰. c) la previsibilidad de la ineficacia de las condiciones generales. Si el predisponente podía prever que las cláusulas iban a ser declaradas ineficaces no sería lógico que admitiéramos después que pudiera desvincularse alegando una situación que él había podido evitar. Es decir, se deduce de su actuación que la eliminación de las cláusulas no le producía tal situación inequitativa. Por lo tanto, en aquellos casos en que la contrariedad de las condiciones generales a la ley era claramente previsible, la pretensión de rescisión será normalmente inadmisibile.

IV. Grupos de casos.

⁴⁰⁰ ¿Puede alegar el predisponente para solicitar la rescisión que el perjuicio, aunque pequeño en el caso concreto es muy grande por la existencia de miles de contratos que contienen la misma cláusula? Un sector de la doctrina lo niega y otro lo admite excepcionalmente cuando el mismo riesgo se haya actualizado ya en otros contratos. Esta segunda postura nos parece más correcta teniendo en cuenta el carácter de masa de los contratos conforme a condiciones generales. Vid la información precisa en SCHMIDT ibidem p 245.

1. La doctrina ha construido tres grupos de casos a los que en principio sería aplicable la regla del art. 10.4 II LCU; los supuestos en que como consecuencia del control se origine una incerteza acerca del contenido del contrato; que no pueda alcanzarse la finalidad del mismo y aquellos en que las modificaciones del contenido como consecuencia del control se traducen en un desplazamiento del equilibrio contractual⁴⁰¹. De todos ellos sólo el último tiene alguna relevancia dado que atendiendo a las amplias posibilidades de integración judicial no parece que los primeros dos supuestos puedan darse con trascendencia práctica.

2. En cuanto al desequilibrio económico del contrato provocado por la declaración de nulidad de determinadas cláusulas y la consiguiente integración del mismo, deben señalarse muy brevemente los siguientes aspectos relevantes: Primero, el equilibrio económico del contrato no viene dado sólo por el precio, sino también por la "calidad" -incluida la jurídica- de la prestación, de modo que no sólo podrá aplicarse este precepto cuando se declaren nulas cláusulas que afecten directamente al precio (cláusulas de comisiones, gastos etc) sino también cláusulas que delimitan el ámbito de responsabilidad del predisponente o del adherente. Segundo, es indiferente si el predisponente hubiera

⁴⁰¹ Vid. SCHMIDT ibidem p 249ss con indicaciones de la doctrina alemana.

celebrado o no el contrato en dichas condiciones. El juicio para decidirse por la ineficacia total se basa únicamente en elementos objetivos que demuestren que no es equitativo seguir considerándole vinculado dado el perjuicio económico que ello le provoca. Tercero, los supuestos más verosímiles de aplicación del art. 10.4 II LCU dentro de este grupo son los casos en los que son declaradas ineficaces cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad que al ser sustituidas por el Derecho dispositivo empeoran notablemente la posición del predisponente. Otros supuestos posibles son los de ineficacia de las cláusulas que recogen las garantías a favor del predisponente. Cuarto, también se citan en este grupo los llamados errores de cálculo⁴⁰² del predisponente, es decir, aquellos casos en los que el predisponente ha calculado el precio en función de un nivel de responsabilidad o del cobro de determinadas comisiones o gastos que se ven aumentados notablenemente en un caso o eliminados en el otro como consecuencia del control. A estos supuestos puede aplicarse lo dicho respecto al argumento del precio en el capítulo primero. Sólo cuando pueda probarse tal relación de causalidad entre precio y nivel de responsabilidad (choice of rates) cabría argumentar la nulidad total⁴⁰³.

⁴⁰² H. SCHMIDT ibidem p 254s.

⁴⁰³ Vid supra § 3.III.

5. CONCLUSIONES

Introducción

1ª Desde el punto de vista económico, las condiciones generales de los contratos se justifican porque constituyen un instrumento imprescindible de racionalización de la actividad empresarial (acelerando la celebración de los contratos, permitiendo un cálculo anticipado de los costes y garantizando el funcionamiento correcto de la estructura jerarquizada de las empresas). Tal efecto racionalizador se obtiene mediante la estandarización de la regulación contractual que es consustancial al empleo de condiciones generales y, por lo tanto, resulta absolutamente independiente del contenido concreto de que se doten.

2ª El control del contenido de las condiciones generales se justifica por la necesidad de impedir los efectos perjudiciales que, para un funcionamiento eficiente del mercado, tiene la utilización de condiciones generales cuando su contenido es abusivo. Por lo tanto, el desplazamiento de los riesgos sobre los adherentes que constituye el contenido típico de las condiciones generales no se justifica económicamente de ninguna forma. El argumento del precio es insostenible.

Capítulo 1

3ª La pregunta dogmática básica sobre las condiciones generales de los contratos es la de su validez. La cuestión no es, hoy, por qué son válidas las condiciones generales "en general", sino por qué valen las condiciones generales que, de acuerdo con su contenido, puedan considerarse "justas", equilibradas o "conformes a la buena fe", ya que las condiciones generales abusivas no son vinculantes para el adherente, es decir, simplemente no valen.

4ª Tradicionalmente, la validez de las condiciones generales ha tratado de fundarse o de justificarse por dos vías alternativas: las condiciones generales "valen" -y por consiguiente, vinculan- o bien, porque son normas (usos, poder delegado...) o bien, porque son aceptadas por el adherente, es decir, porque son cláusulas contractuales. Como es obvio, las teorías normativas ponen el acento en el acto de predisposición (como acto de establecimiento de la norma) mientras que las teorías contractualistas subrayan el acto de adhesión (como acto de consentimiento que perfecciona el contrato). Ninguna de ellas, por tanto, plantea el problema de la validez desde el punto de vista del contenido de las condiciones generales que es el elemento que ha considerado relevante el legislador para decidir qué condiciones generales valen y qué condiciones son ineficaces.

3ª Las posturas normativistas apenas han logrado afianzarse en el panorama doctrinal tradicional. En sus versiones más modernas, han justificado el carácter normativo de las condiciones generales atribuyendo a las empresas el carácter de Institución. En todo caso, aunque pudiera justificarse que las instituciones están legitimadas para dictar normas, la equiparación de las empresas con las instituciones corporativas (asociaciones, fundamentalmente) es insostenible. Como alternativa se ha discutido la posibilidad de considerar que existe una norma consuetudinaria ("promulgada" por los jueces cuyo contenido sería: las condiciones generales valen. Es discutible la existencia de tal norma consuetudinaria, pero en cualquier supuesto, tal norma sería inconstitucional, porque los jueces carecen de competencia para dictar conjuntos de normas concretos. Por último, tampoco sería admisible constitucionalmente la atribución a los empresarios de un poder delegado por el legislador en virtud de las leyes de condiciones generales. El ejemplo de la inconstitucionalidad de la remisión dinámica es suficiente prueba de ello.

4ª La doctrina mayoritaria califica a las condiciones generales como meras cláusulas contractuales. Para justificarlo, articula su razonamiento del siguiente modo: teniendo en cuenta que no hay más fuentes de vinculación que la norma estatal y

el contrato, las condiciones generales en la medida en que no son normas estatales, sólo vinculan a las partes si se convierten en norma contractual, para lo cual es preciso que sean aceptadas por el adherente.

5ª Consecuentemente, los autores contractualistas tradicionales vienen obligados a calificar la adhesión a condiciones generales como consentimiento, y por tanto, a considerarla como un acto de autonomía privada. Ello implica negar cualquier relevancia a las diferencias existentes entre la aceptación de un contrato individual y la adhesión a condiciones generales. Tal equiparación es insostenible.

6ª El consentimiento vincula porque es un acto de autonomía privada. La autonomía privada como reconocimiento a los individuos de poder para regular sus relaciones como tengan por conveniente se justifica porque es expresión del derecho a la autodeterminación de la persona humana. El contrato ha de ser expresión de autonomía bilateral, lo que exige que ambas partes hayan actuado autodeterminándose al celebrarlo. Puede afirmarse que un contrato se ha celebrado en un acto de libre determinación cuando el sujeto celebra voluntariamente el contrato y siempre que le cupiera como una alternativa razonablemente disponible, renunciar a contratar. La existencia de competencia efectiva en el mercado garantiza, a su vez, la existencia de alternativas razonablemente disponibles.

7a Debe descartarse, consecuentemente, que para que exista autodeterminación sea necesario bien que no exista una desigualdad económica notable entre las partes o que ambas partes participen en la elaboración del contenido del contrato. La teoría del bazar o del zoco es, por tanto, errónea. Para que haya autodeterminación basta con que existan ofertas transparentes y que los oferentes tengan que contar con la reacción de los demandantes y adaptar su oferta a lo que éstos demandan.

8a De lo expuesto, debería deducirse que la imposición de condiciones generales por el predisponente al adherente no afecta a la libertad contractual de éste último, ya que siempre tendría la opción de renunciar a contratar y acudir a los competidores que ofrezcan mejores condiciones, con lo que aquellos predisponentes que ofrezcan condiciones generales "malas" perderán su clientela a favor del que las ofrece mejores y se verán obligados a variarlas recogiendo las preferencias de los adherentes. Esta conclusión no es correcta. Los adherentes no tienen en cuenta las condiciones generales a la hora de decidir si contratan o no y con quien contratan porque los costes asociados a la lectura, comprensión, comparación de las condiciones generales existentes en el mercado supera las eventuales ventajas que de dicha actividad podrían derivarse en forma de mejores condiciones generales. Por lo tanto, los

adherentes, en general no seleccionan (no hacen "shopping") entre las condiciones generales y ello hace que los predisponentes no se vean abocados a mejorarlas. Esta actitud de los adherentes es, además racional económicamente.

9ª Por lo tanto, puede afirmarse que la renuncia a contratar por causa del contenido de unas condiciones generales determinadas no es una alternativa razonable a la celebración del contrato sometiéndose a las mismas, y por tanto, no puede afirmarse que el adherente, al aceptar las condiciones generales esté realizando un acto de autodeterminación. Ello significa, igualmente, que no pueden equipararse la aceptación contractual a la que se refiere el art. 1262 CC y la adhesión a condiciones generales. Por ello, la calificación de la adhesión a condiciones generales como consentimiento contractual que realiza la doctrina contractualista es errónea, con lo que no puede basarse la validez de las condiciones generales en la libertad contractual.

10ª La incorrección de la doctrina contractualista se manifiesta también en los mecanismos de control propuestos. Estos han sido, básicamente, la consideración de la utilización de condiciones generales de contenido desequilibrado como un abuso de la libertad contractual por lo que se niega la posibilidad de derogar el derecho dispositivo por medio de condiciones generales sin justificación. La incoherencia de la

doctrina contractualista consiste en que en lugar de decir que el Derecho dispositivo sólo puede ser derogado por la autonomía privada pero que no hay autonomía privada (bilateral) en el caso de la adhesión a condiciones generales, y por tanto que la derogación del Derecho dispositivo no es admisible, se dice que la autonomía privada no puede derogar el Derecho dispositivo. Esta consecuencia es claramente contradictoria con los principios del ordenamiento porque cuando éste quiere negar a los particulares poder para derogar una norma, afirma expresa o tácitamente que esa norma es imperativa.

11ª La jurisprudencia española sobre este punto puede calificarse como contractualista en sentido estricto y eventualmente correctora en lo que hace al control del contenido de las condiciones generales, tendencia esta última, que tiende a hacerse más patente en los últimos años.

12ª La única aproximación teórica al problema de la validez de las condiciones generales desde el punto de vista del contenido es la llamada doctrina de la libertad de decisión negocial que, en resumen, afirma que una de las partes de un contrato interfiere en la libertad de decisión negocial de la otra cuando trata de imponerle condiciones injustas, pero no cuando su contenido es equilibrado, porque en tal caso, el predisponente sólo persigue intereses legítimos, y el

adherente no se ve afectado en su libertad de decisión comercial, porque la libertad protegida por el ordenamiento frente a ingerencias externas es la libertad para conseguir acuerdos justos. Esta concepción es errónea, sobre todo porque no se corresponde con la libertad protegida por el Derecho positivo. El Derecho no garantiza a los sujetos una posibilidad de conseguir un acuerdo justo, sino una posibilidad de conseguir un acuerdo que les parezca justo (criterios subjetivos). Determinar lo que es justo e injusto corresponde, en un ordenamiento basado en la autonomía privada a las decisiones individuales de cada uno de los sujetos y estas decisiones no pueden sustituirse por criterios de justicia traídos "desde fuera" (criterios objetivos).

13ª La conclusión de todo este razonamiento es que las condiciones generales no vinculan: examinados todos los posibles fundamentos que permitan afirmar la validez de las condiciones generales, y establecido que ninguno de ellos resulta satisfactorio, debemos pronunciarnos por negar ésta pura y simplemente.

14ª Esta conclusión resulta no sólo respetuosa con el Derecho dado, sino que además nos ofrece probablemente el único punto de vista correcto para explicar el régimen jurídico vigente, esto es, que sólo valen las condiciones generales conformes a la buena fe

15ª Las afirmaciones anteriores significan que las

condiciones generales carecen de validez por sí mismas. Su carácter vinculante procede, bien de que incorporan un elemento del contrato sobre el que puede afirmarse la existencia de autodeterminación bilateral, y, por tanto, de autonomía privada stricto sensu; bien de que incorporan el contenido de una norma legal (derecho dispositivo) bien de que incorporan el contenido de una norma derivada de los usos o de la buena fe (art. 1258 CC). Por lo tanto, las condiciones generales no tienen carácter constitutivo sino declarativo. Su carácter vinculante para el adherente depende no del carácter contractual de la adhesión o de la eficacia normativa de la predisposición sino de que incorporen una norma cuya validez procede de las fuentes ordinarias del Derecho: ley, costumbre, principios generales. Esta conclusión no es sino una forma de explicar el significado de la cláusula general de buena fe que el legislador ha utilizado como criterio para determinar la validez o la nulidad de las condiciones generales

Capítulo 2

16ª La LCU define el ámbito de aplicación de las normas de control del contenido de los contratos limitándolo objetivamente (por la noción de condiciones generales) y subjetivamente (mediante la noción de consumidor). Sin embargo, y aplicando el fundamento de la validez de las condiciones generales, es posible

extender el control del contenido a las condiciones generales utilizadas entre empresarios.

17ª Las condiciones generales de los contratos vienen caracterizadas por tres elementos. Primero, que se trata de cláusulas contractuales, es decir, de cláusulas que están llamadas a integrar el contenido del contrato. Segundo, que se trata de cláusulas predispuestas, es decir, que están redactadas previamente al momento de su utilización. Y tercero, que se trata de cláusulas impuestas, es decir, que se presentan al cliente sobre la base de "lo toma o lo deja" ("take it or leave it basis") sustrayéndolas a la discusión o negociación. La noción de condiciones generales es unitaria,

18ª A pesar de las imperfecciones técnicas de la definición legal contenida en el art. 10.2 LCU, cabe afirmar que son condiciones generales también las utilizadas por una empresa aunque no hayan sido redactadas por ella misma. El número de contratos en los que se utilice es irrelevante. Lo fundamental es la finalidad con que se predisponen las cláusulas.

19ª La definición legal de condiciones generales no exige en modo alguno que el empresario se encuentre en una situación de monopolio de Derecho o de hecho.

20ª La función del requisito de la imposición

consiste en excluir del control aquellos supuestos en los que a pesar de tratarse de cláusulas predispuestas, puede afirmarse que el cliente ha dado su consentimiento en sentido estricto a las mismas, es decir, cuando la aceptación de la cláusula concreta puede considerarse como un acto de autodeterminación por parte del cliente. Esto sucede fundamentalmente en tres tipos de supuestos: a) aquellos en los que la introducción de unas condiciones generales en el contrato ha sido decidida de común acuerdo por ambas partes; b) aquellos eventualmente posibles en los que las condiciones generales, a pesar de pasar inalteradas al contrato han sido negociadas en el caso concreto, y c) de modo más general a aquellas cláusulas respecto de las cuales ha existido selección por parte de los adherentes. Tal ocurre con las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, es decir, aquellas cláusulas que recojan de forma prerredactada la prestación o el precio: las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato, aún cuando se trate de cláusulas prerredactadas, no son condiciones generales en sentido legal y, por lo tanto, no deben quedar sometidas al control del contenido. Esta conclusión puede argumentarse desde dos puntos de vista. En primer lugar, desde el fundamento del control de las condiciones generales (porque éste no se basa en la "negociación" sino en que quepa esperar que los adherentes hayan seleccionado entre las distintas ofertas del mercado, lo que cabe presumir respecto a los

elementos esenciales), y en segundo lugar, desde una interpretación de la LCU conforme con la Constitución (no puede autorizarse a los jueces a que controlen de modo generalizado los precios y las prestaciones. Tal función está asignada en una economía de mercado a la competencia).

21ª Todos los términos utilizados tradicionalmente por la doctrina describen un mismo fenómeno, por lo que no tiene sentido mantener la pluralidad de denominaciones para referirse a las condiciones generales de los contratos que resulta la más adaptada al objeto de control. Las circunstancias de forma son irrelevantes a los efectos de decidir si estamos en presencia de condiciones generales. Las distintas denominaciones utilizadas por la doctrina para referirse a las condiciones generales no delimitan fenómenos diferentes en lo que es relevante para el control del contenido, por lo que puede prescindirse de ellas.

22ª La LCU ha consagrado una noción económica de **consumidor**, como sujeto que adquiere bienes y servicios en el mercado para satisfacer necesidades particulares. Por lo tanto, no hay consumidores sino frente a empresarios.

23ª La noción de consumidor es un criterio de **conexión** secundario para delimitar el ámbito de aplicación de normas protectoras de una de las partes en

el Derecho de obligaciones, pero como criterio de conexión primario deben utilizarse criterios materiales. Así lo demuestra el análisis de las normas que utilizan la noción de consumidor en el Derecho español y el comunitario. Por lo tanto, no tiene sentido hablar de un Derecho de los consumidores como un nuevo sector del Derecho.

24ª La noción de consumidor es un criterio inadecuado para delimitar el ámbito de aplicación de la legislación de control de las condiciones generales. La misma debe aplicarse con independencia de quienes sean los sujetos que contraten. Para tener en cuenta las especialidades del tráfico mercantil, parece más lógico utilizar la noción de empresario como criterio de delimitación.

Capítulo 3

25ª Los requisitos de incorporación pretenden cumplir dos funciones: aumentar la transparencia de las condiciones generales y permitir su conocimiento por el adherente durante la vida del contrato (función de publicidad). En modo alguno tratan de garantizar que el adherente consiente en sentido estricto.

26ª La adhesión no necesita de un negocio jurídico específico. Su función es determinar si se han cumplido

los requisitos de incorporación y el contenido válido del contrato.

27ª Los requisitos de inclusión tratan de garantizar que el cliente ha sabido o podido saber que el contrato se regía por condiciones generales y cuál era el contenido de las mismas, es decir, conocer el régimen jurídico "resumido" por el predisponente. Esta ventaja para el predisponente se compensa exigiéndole que se comporte como un legislador de "calidad" en lo que hace a la técnica de redacción y publicación de las condiciones si quiere ver incorporadas las condiciones al contrato.

28ª Dogmáticamente deben calificarse como cargas, porque su incumplimiento no supone incumplimiento contractual sino simplemente la no incorporación de las condiciones generales al contrato.

29ª El art. 10.1 a) LCU ha de ser objeto de una reducción teleológica, en el sentido de que los requisitos de inclusión que contiene se aplican sólo a los contratos habitualmente celebrados por escrito, existiendo, por tanto, una laguna legal en relación con los requisitos de inclusión aplicables a los contratos que habitualmente no se celebran por escrito. Una solución diferente supondría una discriminación no justificada para los empresarios cuyas relaciones con la clientela no se documentan habitualmente por escrito,

privándoles de la posibilidad práctica de utilizar condiciones generales (al no poder cumplir con los requisitos de inclusión) y por tanto de las ventajas que éstas tienen respecto a la racionalización de la actividad empresarial.

30ª Respecto a los contratos habitualmente celebrados en forma oral (contratos de la vida diaria) los requisitos de inclusión del 10.1 a) se aplican sólo en la medida en que la forma de celebración lo permita.

31ª No quedan incluidas en el contrato las condiciones generales sorprendentes, es decir, aquellas con las que no tenía por qué contar el adherente. Dicha regla no se halla recogida expresamente en la LCU pero puede deducirse de algunos preceptos de la misma: básicamente de los arts. 10.1 c) ("justo equilibrio de las prestaciones") 8 (integración del contrato con la publicidad) y 10.1 c) 5ª (prohibición de anudar contratos de modo no transparente). Además ha sido admitida -no expresamente- por la jurisprudencia y por la doctrina (sobre la base de la causa).

32ª Son sorprendentes, fundamentalmente, las cláusulas cuyo contenido contradiga las expectativas que razonablemente se haya podido hacer el cliente basadas, bien en las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, bien en la "naturaleza" o "apariencia externa" del contrato. Para que estas cláusulas puedan

quedar incluidas en el contrato es necesario que se elimine el efecto sorpresa por el predisponente realizando una referencia expresa y concreta a la cláusula de manera que pueda afirmarse que el cliente la había tenido en cuenta a la hora de aceptar la celebración del contrato.

33ª Las reglas de inclusión no se aplican a las relaciones entre empresarios. En estas relaciones el problema de mayor importancia práctica es el de la "guerra de los formularios" o colisión entre condiciones generales de ambas partes. Debe entenderse que la colisión entre condiciones generales no impide considerar que, salvo casos excepcionales, el contrato ha quedado válidamente celebrado. El contenido del contrato se determinará de acuerdo con las reglas tradicionales (oferta/contraoferta) cuando haya existido un auténtico diálogo entre ambos contratantes. Este es un caso excepcional. En la generalidad de los casos, sin embargo, el contenido del contrato vendrá formado por las condiciones generales coincidentes y en lo demás por la regulación contenida en el Derecho dispositivo.

Capítulo 4

34ª El art. 10.4 LCU contiene tres reglas: a) ordena el mantenimiento del contrato a pesar de la declaración de nulidad o no inclusión de alguna o

algunas condiciones generales; b) debe entenderse que ordena la integración del contrato con arreglo a las normas generales; c) ordena la nulidad total del contrato cuando el control provoque una situación inequitativa para cualquiera de las partes.

35ª La nulidad parcial ordenada por el art. 10.4 LCU se fundamenta en la necesidad de proteger al adherente frente a las consecuencias negativas que tendría para él la nulidad total del contrato. No es , por tanto, una nulidad basada en la voluntad presumible de las partes.

36ª La nulidad parcial exige en estos casos que el resto válido reúna los requisitos esenciales para la existencia de un contrato (art 1261 CC). Puede afirmarse que aún cuando los elementos esenciales del contrato se encuentren prerredactados, el Derecho de las condiciones generales no provoca en ningún caso la eliminación de los mismos, de forma que no puede producirse en ningún caso la nulidad total del contrato salvo lo dispuesto en el art. 10.4 LCU.

37ª El ámbito material de la nulidad viene determinado por el concepto de cláusula en sentido material. Por tal debe entenderse aquel contenido de regulación (supuesto de hecho/consecuencia jurídica) que es susceptible de ser sometido a control del contenido. El "blue pencil test" (que consiste en delimitar el

ámbito de la nulidad atendiendo exclusivamente a si la parte de la cláusula que queda válida es comprensible por sí misma) es inadmisibile.

38ª No cabe la nulidad parcial de una cláusula. Cuando se habla de nulidad parcial de cláusula, o bien se hace referencia a varias cláusulas en sentido material, o se trata de un supuesto de reducción de la cláusula.

39ª La cláusula "sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes" (inciso que se añade a cláusulas contrarias a las normas de control para limitar sus efectos a lo que sea admisible legalmente) es nula porque convierte a la cláusula a la que se añade en incomprensible para un adherente medio (el alcance de la cláusula sólo es comprensible conociendo la situación legal).

40ª La reducción conservadora de la validez, entendiendo por tal, el mantenimiento de una cláusula en todo lo que sea posible, es inadmisibile. La reducción no es sino una técnica de la nulidad parcial, y por lo tanto, debe cumplir los requisitos que le son exigibles en general. Por ello, puede ser admisible cuando la norma que provoca la nulidad ve satisfecha su finalidad sin necesidad de declarar la nulidad total, pero no es aceptable en relación con condiciones generales, porque la finalidad del Derecho de las condiciones generales no es sólo eliminar las cláusulas abusivas, sino garantizar

al adherente una regulación conforme con el Derecho dispositivo. Al realizar el control del contenido no estamos determinando si las condiciones generales y el Derecho estatal son compatibles, sino si el contenido de la condición general coincide con el de la regla que el ordenamiento ha dado o daría. Al reducirse la cláusula, la regulación obtenida no es tampoco remitible a una norma del ordenamiento, sino simplemente compatible con el ordenamiento, por lo que tampoco estaríamos ante una cláusula válida desde el punto de vista de la cláusula general de la buena fe.

42ª El control del art. 10.1 c) LCU es un control del contenido y no un control del ejercicio de los derechos que atribuyen las cláusulas de condiciones generales.

43ª En numerosos supuestos, la eliminación de las cláusulas abusivas no provoca una laguna, por lo que no es necesaria la integración del contrato. Por regla general, sin embargo es imprescindible determinar el régimen sustitutivo de las condiciones generales nulas.

44ª Las cláusulas salvatorias, esto es, aquellas que prevén que en caso de nulidad de una condición general, entrará como regulación sustitutoria una diferente del Derecho dispositivo son nulas por contradecir la finalidad del control del contenido.

45ª El régimen sustitutivo de las condiciones generales ineficaces viene determinado primariamente por el Derecho dispositivo, como regulación "justa" en la conciencia del legislador. Por Derecho dispositivo debe entenderse la regulación legal del contrato, las normas generales sobre obligaciones y contratos y su desarrollo jurisprudencial. No se incluyen las reglas formales de interpretación, en cuanto no tienen función integradora. El Derecho dispositivo resulta insuficiente e inadaptado al tráfico actual, por lo que resulta necesario añadir otros instrumentos de integración.

46ª El primero de estos instrumentos es la interpretación integradora del contrato. Este es un instrumento de integración de lagunas contractuales recurriendo a la finalidad y conexión de sentido del contrato realizado en vía interpretativa, por lo que se aplica con preferencia respecto al Derecho dispositivo. La figura es perfectamente admisible en nuestro Derecho siempre que se tengan en cuenta dos aspectos. En primer lugar, que bajo esta denominación la cuestión que se trata de dilucidar consiste en determinar en qué supuestos el contrato debe integrarse recurriendo al Derecho dispositivo y en qué supuestos puede o debe prescindirse del Derecho dispositivo y recurrirse a otros instrumentos de integración. Del mismo se deduce, lógicamente que sólo cabe plantear la cuestión de la interpretación integradora cuando exista derecho dispositivo aplicable. Es decir, la interpretación

integradora se aplica frente al Derecho dispositivo. Por lo tanto, el recurso a los usos y la buena fe (art. 1258 CC) para determinar el contenido de la regulación contractual a falta de Derecho dispositivo aplicable debe denominarse, de acuerdo con nuestra tradición, **integración del contrato**. Por lo demás no hay diferencias metodológicas entre interpretación integradora e integración. En segundo lugar, que para que la interpretación integradora sea admisible, deben existir en el contrato datos que lleven al intérprete al convencimiento de que las partes no habrían querido la regulación prevista por el Derecho dispositivo (tales datos pueden venir dados por circunstancias específicas del contrato concreto -presuposiciones, regulación por las partes de supuestos análogos etc- o por circunstancias genéricas de ese tipo de contratos -que las partes hayan adoptado no la regulación legal sino la usual cuando ésta se hubiera apartado de la legal). El recurso a la interpretación integradora se justifica por el respeto a la autonomía privada y puede apoyarse positivamente en los arts. 1258 CC y 57 C de C, de cuya interpretación histórica se deduce que no se opondrían a la aplicación preferente de reglas derivadas de la buena fe o de los usos si se considera que con ello se atiende mejor a la finalidad perseguida por las partes con la celebración del contrato.

47ª En el ámbito específico de las condiciones generales no hay objeciones insalvables para aplicar la

interpretación integradora del contrato a los contratos celebrados conforme a condiciones generales. La única diferencia es que en éstos últimos existen menos datos específicos del contrato concreto, que permitan al juez suponer que las partes concretas habrían adoptado una solución distinta a la prevista en el Derecho dispositivo. Estos datos procederán exclusivamente de lo que las partes han previsto como elementos esenciales del contrato y de los acuerdos individuales en general, de las presuposiciones de las partes etc. Una solución diferente a la del Derecho dispositivo puede derivarse también de que el contrato celebrado se desvíe del tipo legal y haya sido configurado según su aparición usual en el tráfico.

48* A falta de Derecho dispositivo, habrá que recurrir a los criterios del art. 1258 CC para integrar el contrato. La buena fe a la que se refiere el art. 1258 CC significa valoración equilibrada de los intereses de las partes lo que está plenamente adaptado al supuesto de las condiciones generales. Se logra con ello, además la congruencia necesaria entre los criterios de control (cláusula general de buena fe) y los de integración.

49* El art. 10.4 II LCU prevé como supuesto excepcional la nulidad total cuando el contrato resulte gravemente desequilibrado como consecuencia del control. En contra de la doctrina mayoritaria esta es una norma

acertada y absolutamente excepcional. También en contra de la doctrina mayoritaria, la valoración de si el contrato es gravemente perjudicial para cualquiera de las partes ha de realizarse tras su integración de acuerdo con los mecanismos expuestos.

50* En contra de su aparente tenor literal, el art. 10.4 II no consagra un supuesto de nulidad total, sino de rescisión. Tal calificación es perfectamente compatible con el tenor literal de la norma, que habla de ineficacia del contrato y responde mejor a la finalidad de la norma que, como en los supuestos de rescisión típicos, recoge un remedio <<in extremis>> arbitrado para evitarle al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley pero que se estima especialmente injusto. Tanto la calificación del precepto como un supuesto de nulidad absoluta, como su calificación como anulabilidad o resolución resultan poco convincentes.

51* Para decidir sobre la petición de rescisión, el juez debe llevar a cabo una valoración de intereses. En tal valoración han de tenerse en cuenta los siguientes factores: circunstancias del contrato concreto, estructura del mismo (ejecución instantánea o de duración), importancia de las cláusulas declaradas ineficaces, previsibilidad de la ineficacia etc.

52* Los grupos de casos a los que se aplica la

regla excepcional de la nulidad total son básicamente los siguientes: casos en los que son declaradas ineficaces cláusulas de exclusión o limitación de responsabilidad que al ser sustituidas por el Derecho dispositivo empeoran notablemente la posición del predisponente; supuestos de ineficacia de las cláusulas que recogen las garantías a favor del predisponente; los llamados errores de cálculo del predisponente, es decir, aquellos casos en los que el predisponente ha calculado el precio en función de un nivel de responsabilidad o del cobro de determinadas comisiones o gastos que se ven aumentados notablemente en un caso o eliminados en el otro como consecuencia del control.

53* En resumen, el régimen jurídico de la ineficacia de las condiciones generales es el siguiente: una vez constatada la nulidad de una cláusula de condiciones generales, y negando la posibilidad de reducir la cláusula al límite de lo admisible legalmente, el juez debe, en primer lugar, examinar si puede ejecutarse el contrato sin la cláusula nula, o si estamos ante alguno de los supuestos de "determinación automática del régimen sustitutorio". En segundo lugar, habrá de comprobar si puede determinarse el régimen contractual sustitutivo según el derecho imperativo, cuando no es la propia ley de condiciones generales la que provoca la ineficacia, en otro caso, aplicará el Derecho dispositivo salvo que existan datos en el contrato que permitan deducir que la solución adoptada

por las partes hubiera sido distinta a la que prevén las normas legales, en cuyo caso se aplicará esta solución con preferencia sobre el Derecho dispositivo. Para ello, el juez ha de argumentar previamente las causas de inaplicación del Derecho dispositivo, causas que normalmente consistirán en que el tipo legal ha sido modificado por las partes, o que el tipo usual no coincide con el legal, etc de forma que determinadas reglas del Derecho dispositivo no casan con el contrato celebrado. En tercer lugar, y para el caso de que el Derecho dispositivo no exista, la regulación sustitutoria debe determinarla el juez -en aplicación del 1258 CC- realizando una valoración equilibrada de los intereses de ambas partes. Para realizar la valoración equilibrada de los intereses de las partes, el juez deberá tener en cuenta la distribución de riesgos que se deduce del contrato celebrado de acuerdo con su configuración usual y establecer una regulación acorde con dicha valoración. También deberá tener en cuenta que dicha integración del contrato no se realiza al margen del ordenamiento jurídico, en cuanto que la decisión del juez es producto de una valoración jurídica. Por lo tanto, deberá tener en cuenta la valoración que de los intereses de una y otra parte ha hecho el legislador en supuestos semejantes (aún cuando no se trate de una aplicación analógica de las normas en sentido estricto). En todo este proceso, debe siempre tenerse en cuenta, que la integración del contrato no autoriza al juez a reescribir ni modificar el contrato.

Si realizadas estas operaciones, el contrato resulta gravemente .desequilibrado de tal forma que no sea razonable exigir a las partes que sigan vinculadas al mismo, habrá que acudir a la regla del art 10.4 II LCU y el perjudicado por el desequilibrio podrá solicitar que se declare su rescisión.

BIBLIOGRAFIA UTILIZADA

C. ADAMS Ökonomische Analyse des Gesetzes zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz). (Discuss. nº 6 des Volkswirtschaftliches Institut der Universität Bern) Berna 1983.

ADAMS "The standardization of commercial contracts or the contractualization of standard Forms" 7Angloamerican Law Review nº 136 (1978) pp 143-149.

J. ADAMS "The battle of forms" JBL (1983) pp 297-302.

M. AHRENS y J. SIMON "Konsumentencredit und Konsumentenverzug" en Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und Konsumentencredit Georgios MAGOULAS y Jürgen SIMON (eds); Baden-Baden 1985 pp 189-264.

E. ALBERTARIO "L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione" en Studi di Diritto Romano Vol III Obbligazioni; Milán 1936 pp 285-310.

E. ALBERTARIO "La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione" en Studi di Diritto Romano vol III Obbligazioni Milán (1936) pp 311-327.

J. ALFARO AGUILA-REAL "La interpretación de las condiciones generales de los contratos" RDM (1987) p 1ss.

F.J. AMOROS DORDA "La directiva 87/102 CEE. Protección al consumidor y crédito al consumo". Cuadernos de Derecho y Comercio nº 2 sept. 1987 pp 123-145.

M. AMOROS GUARDIOLA "Las limitaciones de la autonomía de la voluntad en el pensamiento de Federico de Castro" ADC (1983) pp 1129ss.

M. AMOROS GUARDIOLA "Comentarios a los arts. 6.2 y 6.3 CC" en Comentarios a las reformas del Código Civil Madrid 1977 pp 291-334.

J. AZORIN RONCERO "La ley general de protección de los derechos de usuarios y consumidores. Operaciones bancarias" Revista General de Derecho nº 490-491 julio-agosto (1985) pp 2115-2144.

P. BADER "Probleme der Garantiekarte" NJW (1976), pp 209-214.

R. BARNETT "A consent theory of contract" Columbia Law Review 86(1986) p 269.

M. BARTSCH "Der Begriff des <<Stellens>> allgemeiner Geschäftsbedingungen" NJW (1986) pp 28-31.

J. BASEDOW "Kollektiver Rechtsschutz und individuelle

Rechte: Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB" AcP 182(1982) pp 335-371.

J. BASEDOW "Il controllo delle condizioni generali di contratto nella Repubblica Federale Tedesca" Contratto e impresa n° 2 (1985) pp 435-467.

J. BASEDOW "Handelsbräuche und AGB-Gesetz" ZHR 150(1986) pp 469-491.

H. BAUMANN "Salvatorische Klauseln in AGB" NJW (1978) pp 1953-55.

H. BAUMANN "Strukturfragen des Handelsrecht" AcP 184(1984) pp 45-66.

T. BECKER Die Auslegung von § 9 Abs. 2 AGBG Heidelberg 1986.

V. BEHR "Die Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen als Beispiel der Entstehung eigenen Rechts für verkehrstypische Verträge" AcP 185(1985) pp 401-428.

A. BERCOVITZ "La protección de los consumidores, la constitución española y el Derecho Mercantil" en Lecturas sobre la Constitución española Madrid 1978 pp 9-37. Publicado también en Estudios.

A. BERCOVITZ "La protección de los consumidores en el Derecho español" en Estudios sobre consumo n° 1 (1984) pp 55-78. Publicado también en Estudios.

A. BERCOVITZ "La noción de consumidor en la LCU" 3 EC (1984) pp 7ss.

R. BERCOVITZ Comentarios a la ley de venta a plazos de bienes muebles Madrid 1977.

R. BERCOVITZ "La defensa contractual del consumidor o usuario en la LCU" en Estudios pp 180-221.

R. BERCOVITZ "Comentario a la STS 26.5.1986" CCJC n° 11(1986) pp 3657-3663.

R. BERCOVITZ "Comentario a la STS 17.10.1987" CCJC n° 15(1987).

A. BERCOVITZ y R. BERCOVITZ Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores Madrid 1987. cit. Estudios

G. BERLIOZ Le contrat d'adhesion Paris² 1976.

G. BERLIOZ "Droit de la consommation et droit des contrats" Semaine Juridique (1979) D. 2954.

J. BERMEJO VERA "Aspectos jurídicos de la protección a los consumidores" Revista de Administración pública n°

87(1978).

U. BERNITZ "Consumer protection and standard contracts" Scandinavian Studies in Law (1973) pp 11-50.

U. BERNITZ "Consumer protection. Aims, methods and trends in swedish consumer law" Scandinavian Studies in Law (1976) pp 11-36.

M. BIANCA (ed). Le condizioni generali di contratto (2 vol) Milán 1981.

M.G. BILLINGER "Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Garantiekartenverträge" NJW (1979) pp 2555-2556.

W. BOHLE Anmerkung BGH 1.3.1982 BB (1983) pp 15-18.

W. BOHLE-MICKLITZ "Erfahrungen mit dem AGB im nichtkaufmännischen Bereich" BB (1983) Beil 11.

V. BOLGAR "The contract of adhesion. A comparison of theory and practice" American Journal of comparative Law 20(1972) pp 53-78.

M. BOSMANS "Les conditions generales en matière contractuelle" Journal des Tribunaux (1981) p 17.

TH. BOURGOIGNIE "Les clauses abusives et le concept d'unconscionability en Droit américain. Une arme juridique efficace au service des consommateurs?" Rev. Droit intern. et droit comparé (1977) p 20.

H. E. BRANDNER "Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der AGB" JZ (1973) p 613ss.

H. E. BRANDNER "Schranken der Inhaltskontrolle" en Festschrift für Fritz Hauss Karlsruhe 1978 pp 1-14.

H. E. BRANDNER "Die Rechtsprechung der BGH-Senate zum AGB-Gesetz" en HEINRICHS/LÖWE/ULMER Zehn Jahre AGB-Gesetz pp 39-53.

H. E. BRANDNER "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherkrediten" ZHR 153(1989) pp 147-161.

J. BRAUN "Die Stellung des AGB-Gesetzes in System des Privatrechts" BB (1979) pp 689-694.

H. BRICKS Les clauses abusives Paris 1982.

I. BROWN Business and consumer contracts JBL (1988) pp 386-397.

H.J. BUNTE "Zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Konditionenempfehlungen" BB (1980) pp 325-332.

H.J. BUNTE "Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz - Eine Zwischenbilanz nach vier Jahren" AcP 181(1981) pp 31-67.

H.J. BUNTE Handbuch der AGB Munich 1982

H.J. BUNTE "Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit von AGB Klauseln" NJW (1984) pp 1145ss.

H.J. BUNTE "Zehn Jahre AGB-Gesetz- Rückblick und Ausblick" NJW (1987) pp 921-928.

H.J. BUNTE "10 Jahre AGB-Gesetz - ein Gewinn an Rechtssicherheit?" Juristische Arbeitsblätter (1988) pp 311-318.

F. BYDLINSKI Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes Viena-Nueva York (1967).

F. BYDLINSKI "Zur Einordnung der AGB im Vertragsrecht" en Festschrift für Walter Kastner Viena (1972) pp 45-68.

F. BYDLINSKI "Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwangs" AcP 180(1980) pp 1-46.

A. CABANILLAS SANCHEZ "La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales" ADC (1982) pp 41-120.

A. CABANILLAS SANCHEZ "Las condiciones generales de los contratos y la protección del consumidor" ADC (1983) pp 1192ss.

A. CABANILLAS SANCHEZ Las cargas del acreedor Madrid 1988.

J. CAFFARENA LAPORTA "El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas" ADC (1985) pp 909-940.

K.W. CANARIS Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht Munich 1971

K.W. CANARIS Die Feststellung von Lücken im Gesetz Berlin² (1983) pp 53-54.

K.W. CANARIS Gesetzliches Verbot und Rechtsgeschäft Heidelberg (1983).

K.W. CANARIS "Grundrechte und Privatrecht" AcP 184(1984) p 201-246.

K.W. CANARIS "Die Unanwendbarkeit des Verbots der Geltungserhaltende Reduktion, ergänzenden Auslegung oder Umdeutung von AGB bei den Kunden begünstigenden Klauseln" NJW (1988) pp 1243-45.

K.W. CANARIS "Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip im Privatrecht" JuS (1989)

pp 161-172.

F. CAPILLA RONCERO Comentario a los arts. 1665-1708 del Código Civil en Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales dirigidos por M. ALBALADEJO Madrid tomo XXI Vol 1º.

L. CARLON "La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria" RDM (1973) p 39ss.

M. CASELLA Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole Milán 1974.

M. CAVE "Market models and consumer protection" JCP 8(1985) pp 335-351.

L.H. CLAVERIA GOSALVEZ "La predisposición del contenido contractual" RDP (1979) p 667ss.

L.H. CLAVERIA GOSALVEZ "Las condiciones generales de los contratos: hacia un nuevo Derecho del contrato" Academia Sevillana del Notariado (1988) pp 147-162.

L.H. CLAVERIA GOSALVEZ "El control de las condiciones generales de los contratos" LA LEY 10(1989) nº 2204 11.4.1989 pp 1-4.

L.H. CLAVERIA GOSALVEZ "Simulación relativa. Donación remuneratoria. Invalidez del contrato por causa ilícita. Actos propios. Ambito de la confirmación. Comentario a la STS 11.12.1986" CCJC nº 13 (1987) pp 4281ss.

R.H. COASE "La naturaleza de la empresa" Información comercial española Enero 1980 pp 67-76.

D. COESTER-WALTJEN "Inhaltskontrolle von AGB - geltungserhaltende Reduktion-ergänzenden Vertragsauslegung". Jura (1988) pp 113-116.

F.J. CONDE "La transformación del Derecho patrimonial en la época del capitalismo" RDM 11(1947) pp 167-190.

G. CRISCUOLI La nullità parziale del negozio giuridico Milán 1959.

R. DAMM "Kontrolle von Vertragsgerechtigkeit durch Rechtsfolgenbestimmung" JZ (1986) pp 913-926.

F. DE CASTRO "Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes" ADC (1961) pp 295-341.

F. DE CASTRO "El arbitraje y la nueva lex mercatoria" ADC (1979) pp 619-725.

F. DE CASTRO "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad" ADC (1982) pp 987-1085.

F. DE CASTRO Derecho Civil de España Madrid 1949-52

reimpr. 1984.

F. DE CASTRO El negocio jurídico Madrid 1971.

CH. DEL MARMOL "Les clauses contractuelles types facteur d'unification du Droit commercial" Liber amicorum Baron Louis Fredericq I 1966.

F. DEREUX "La nature juridique des contrats d'adhesion" Revue Trimestrelle de Droit Civil (1910) pp 503-541.

M.J. DIETLEIN - E. REBMANN AGB-Aktuell. Erläuterungen zum Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB Colonia 1976.

L. DIEZ-PICAZO "Eficacia e ineficacia del negocio jurídico" ADC (1961) pp 809-833.

L. DIEZ-PICAZO Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial Madrid² (1983).

L. DIEZ-PICAZO Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho privado. (Dos esbozos) Madrid 1979.

DITTMANN-STAHLE AGB, Kommentar Stuttgart, 1977.

J. DUQUE "La protección de los intereses económicos de los consumidores" en Estudios sobre consumo 4(1984).

H. EBEL "AGB-Gesetz- Konforme Auslegung bei unwirksamkeit einzelner Klauseln im AGB" Der Betrieb (1979) pp 1973ss.

H. EBEL "Die Kollision Allgemeiner Geschäftsbedingungen" NJW (1978) pp 1033-37.

B. ECCHER "Sulla legge austriaca per la tutela dei consumatori" Riv. Dir. Civ. (1980) I pp 275-291.

R. EPSTEIN "Unconscionability: a critical reappraisal". Journal of Law and Economics 18(1975) pp 293-315.

J. ESSER/ E. SCHMIDT Schuldrecht. Allgemeiner Teil Heidelberg⁶ (1984) pp 158-180.

A. FERNANDEZ-MIRANDA De la libertad de enseñanza al Derecho a la educación Madrid 1988.

W. FLUME Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Vol II Das Rechtsgeschäft Berlin-Heidelberg-Nueva York 1ª ed. 1965 y 3ª ed. 1979.

D. FUCHS "La ley alemana sobre revocación de negocios a domicilio" ADC (1987) pp 205-210.

F. GALGANO "La democrazia dei consumatori" Riv. Dir. Proc. Civ. (1981-I) pp 38-48.

M. GARCIA AMIGO "En torno al art. 310 del Código de

Comercio" RDP (1964) pp 836-856.

M. GARCIA AMIGO Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual. Madrid 1965.

M. GARCIA AMIGO "Sobre la naturaleza jurídica de las condiciones generales de los contratos" RDP (1965) pp 713ss.

M. GARCIA AMIGO Condiciones generales de los contratos Madrid 1969.

M. GARCIA AMIGO "Ley alemana occidental sobre condiciones generales" RDP (1978) p 386ss.

M. GARCIA AMIGO "Integración del negocio jurídico". Revista de Derecho notarial 27(1980) pp 117-144.

M. GARCIA AMIGO "La defensa de los consumidores desde el Derecho privado" RDP (1985) pp 395-413.

J.A GARCIA-CRUCES "Contratación bancaria y consumo. Algunas consideraciones en torno al art. 10 de la LGDCU" RDBB (1988) pp 259-326.

J. GARRIGUES Contratos bancarios Madrid 1968.

H. GARRN "Zur Abgrenzung von Aushandlungsvereinbarungen im Sinne des § 1.2 AGBG" JZ (1978) p 302ss.

H. GARRN "Zur Zulässigkeit salvatorischer Klauseln bei der Vereinbarung AGB" JA (1981) p 156.

G. GAVAZZI L'onere. Tra la libertà e l'obbligo. Turín 1985.

A. GENOVESE Le condizioni generali di contratto Padua 1951.

A. GENOVESE "Osservazioni de iure condendo circa le condizioni generali di contratto" en Studi Ascarelli II, Milán 1967 pp 867ss.

P. GILLES Das Recht des Direktmarketing Heidelberg, 1982.

B. GOMARD "Danemark" en "Le contrôle des clauses abusives dans l'intérêt des consommateurs dans les pays de la CEE" Rev. Int. Droit Comparé 24(1982-II) pp 591-671.

J.A GOMEZ SEGADÉ "Notas sobre el Derecho de información del consumidor" RJCat (1980) pp 699-724.

J.M. GONDRA "Las condiciones generales de los contratos y la protección del contratante más débil en el comercio internacional" en Estudios Homenaje a Uría Madrid 1978 pp 233-247.

J.M. GONDRA "La moderna lex mercatoria y la unificación del Derecho del comercio internacional" RDM nº 127 (1973) pp 7-38.

A. GORDILLO "La nulidad parcial del contrato con precio ilegal" ADC (1975) pp 101ss.

X. GORLA "Condizioni generali di contratto e contratti conclusi mediante formulari nel diritto italiano" Riv. Dir. Comm. 1963-I pp 108-128.

H. GÖTZ "Rechtsfolgen des Teilweisen Verstossen einer Klausel gegen das AGB Gesetz" NJW (1978) pp 2223ss.

F. GRAF VON WESTPHALEN "Kollision von Einkaufs und Verkaufsbedingungen beim Vertragsabschluss" D (1976) pp 1317-1321.

F. GRAF VON WESTPHALEN "Grenzziehung zwischen AGB und Individualvereinbarungen" DB (1977) pp 943-947.

H. GROSSMANN-DOERTH Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht Friburgo 1933.

B. GRÜNEWALD "Die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Bestimmungen über den Vertragsabschluss" ZIP (1987) pp 353-357. (Zip: primero Zeitschrift für di gesamte insolvenz Praxis y después für Wirtschaftsrecht und ip).

W. GRUNSKY Recensión al libro de H. Schmidt(vid infra) en AcP 187(1987) pp 102-105.

A. GULLON BALLESTEROS "La disolución de la comunidad de bienes" ADC (1964) pp 365ss.

J. HAGER Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften Munich 1983.

J. HAGER "Die gesetzeskonforme Aufrechterhaltung übermässiger Vertragspflichten. BGHZ 89, 316 und 90,69". JuS (1985) p 264ss.

H. HEFERMEHL AGBG Kommentar en ERMANN/WESTERMANN BGB⁷ Handkommentar Vol I Munster 1981.

H. HEINRICHS "Das Rechtsbegriff der AGB" NJW (1977) pp 1505-1509.

H. HEINRICHS Comentario a la AGBG en PALANDT BGB⁴⁵ Munich 1986.

H. HEINRICHS "Massstäbe und Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle vor und nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes" en HEINRICHS/LÖWE/ULMER Zehn Jahre AGB-Gesetz Heidelberg 1987 pp 23-37.

J.G. HELM "Private Norm und staatliches Recht beim Massenvertrag" JuS 5(1965) pp 121-129.

J.G. HELM "Grundfragen einer normativen Theorie allgemeiner Geschäftsbedingungen" en Festschrift für L. Schnorr von Carlosfeld Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1972 pp 125-146.

J.G. HELM "Zur Inhaltskontrolle von AGB bei Verwendung gegenüber Kaufleuten" BB (1977) pp 1109-1112.

J.G. HELM "AGBG un A. Versicherungsbedingungen" NJW (1978) p 133ss.

W. HENCKEL "Die ergänzende Vertragsauslegung" AcP 159(1960-61)) pp 106-126.

H.D. HENSEN "Zur Einbeziehung von AGB in den Vertrag" ZIP (1984) pp 145-147.

H. HESSE "Neue Entwicklungen auf dem Gebiet des deutschen AGB-Gesetzes -insbesondere Haftungsfragen". Schweizerische Aktiengesellschaft (1987) pp 99ss.

H. HILDEBRAND "Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen" AcP (1937) pp 326-348.

R. HILDEBRAND Das Leitbild des gewählten Vertragstyps als Eingangsschranke für AGB -dargestellt am Beispiel des Vertragstypus des Zivilmaklers- Dortmund 1978.

X. HONDIUS "Unfair contracts terms: new control systems" American Journal of Comparative Law 1978 pp 525-549.

G. HÖNN Kompensation gestörter Vertragsparität Munich 1982.

G. HÖNN "Wirksamkeitkontrolle als Instrument des allgemeinen Privatrechts zur Bewältigung von ungleichgewichtslagen" JZ (1983) pp 677-688.

H. HONSELL Die Rückabwicklung sittenwidriger oder verbotener Geschäfte Munich 1974.

H. HONSELL Recensión al libro de J. Hager (vid supra) ZHR 148(1984) p 298ss.

N. HORN "Zur Ökonomischen Rationalität des Privatrechts. Die privatrechtstheoretische Verwerbarkeit der Economic Analysis of law" AcP 176(1976) pp 307-333.

W. HOWARTH "Contract reliance and business Transactions" JBL (1987) pp 122-130.

R. ILLESCAS "El lenguaje de las pólizas de seguro" en Comentarios a la LCS dirigidos por E. Verdura Tomo I Madrid 1982 pp 357-365.

E.J. JACOBS "Written standard terms of Business" JBL (1983) pp 226-233.

W. JAEGER "Stellen und Aushandeln vorformulierter Vertragsbedingungen" NJW (1979) p 1569.

E. JAYME - W. SACHER "Neuere Entwicklungen des Rechts der AGB im Spanien" RIW-AWD Recht der Internationalen Wirtschaft (1981) pp 597ss.

C. JOERGES Verbraucherschutz als Rechtsproblem. Heidelberg 1981.

C. JOERGES "Der Schutz des Verbrauchers und die Einheit des Zivilrecht" Aktiengesellschaft (1983) pp 57ss.

J. JOHANNSON "Die Teilunwirksamkeit oder <<geltungserhaltende Reduktion>> von AGB" DB (1981) pp 732-735.

J. B. JORDANO BAREA "La interpretación de los contratos" en Academia Sevillana del Notariado (1988) pp 163-197.

J. B. JORDANO BAREA "La interpretación de los contratos" en Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo Vol I pp 309-336. Madrid 1989.

F. JORDANO FRAGA "Modificaciones convencionales de la responsabilidad contractual" RDM nº 174 (1984) pp 603-710.

F. JORDANO FRAGA Falta absoluta de consentimiento, interpretación e ineficacia contractuales Bolonia 1988.

L. JOSSERAND "L'essor moderne du concept contractuel" en Recueil François Geny vol II Paris 1977 pp 333-346.

E. JUNG "Ende der Tagespreisklausel-Diskussion" BB (1983) pp 1058-1060.

X. KESSLER "Contracts of adhesion. Some thoughts about freedom of contract" 43 Columbia L. Rev. (1943) pp 629ss.

H. KLIEGE Rechtsprobleme der AGB im Wirtschaftswissenschaftlicher Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Freizeichnungsklauseln Göttingen 1966.

W. KILLIAN "Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem" AcP 180(1980) pp 47-83.

D. KNÖRINGER Vertragsauslegung und gesetzliche Beschaffungspflicht Munich 1973.

KOCH/STÜBING AGB-Gesetz Kommentar 1977.

X. KOHLTE "Die Rechtsfolgen der Mietpreisüberhöhung" NJW (1982) pp 2803ss.

J. KÖNDGEN "Grund und Grenzen des Transparenzgebots im AGB-Recht" NJW (1989) p 943-951

H. KÖTZ "Welche gesetzgeberischen Massnahmen empfehlen sich zum Schutze des Endverbrauchers gegenüber AGB und Formularverträgen" Gutachten 50. Deutsch. Juristentag Munich 1974 T I pp A-9 - A-100.

H. KÖTZ "Zur Teilunwirksamkeit von AGB-Klauseln" NJW (1979) pp 785ss.

H. KÖTZ AGB-Gesetz Kommentar en MünchenerKommentar zum BGB Munich 1980.

H. KÖTZ "Die Rückwirkung von Unterlassungsurteilen gemass § 13ss AGBG" BB (1982) pp 644ss.

A. KRAFT Interessenabwägung und gute Sitten im Wettbewerbsrecht Munich-Berlin 1963.

E. A. KRAMER Die <<Krise>> des liberalen Vertragsdenkens Munich-Salzburg 1974.

E. A. KRAMER "\$§145ss" en Münchenerkommentar zum BGB Vol I §§ 1-240 + AGBG Munich² (1984).

E. A. KRAMER "Nichtausgehandelter Individualvertrag notariell beurkundeter Vertrag und AGBG" ZHR 146(1982) pp 105-117.

E. A. KRAMER Recensión al libro de Pflug (vid infra) ACP 188(1988) pp 423-427.

J.L. LACRUZ BERDEJO Elementos de Derecho civil T II - vol 2ª Barcelona² 1987.

E. LALAGUNA "La libertad contractual" RDP (1972) pp 871-894.

X. LANDFERMANN "AGB-Gesetz und Auslandsgeschäfte" RIW/AWD Recht der internationale Wirtschaft (1977) pp 445-453.

E. LANGLE Manual de Derecho Mercantil español Tomo I Barcelona 1950.

R. LANZILLO "Regole di mercato e congruità dello scambio contrattuale" en Contratto e impresa n° 2(1985) pp 309-355.

K. LARENZ Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts Frankfurt-Berlin 1960 (reimpr. de la ed. original 1930).

K. LARENZ "Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht" NJW (1963) PP 737-741.

- K. LARENZ Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildung Karlsruhe 1965.
- K. LARENZ Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil Munich¹¹ 1976.
- K. LARENZ Metodología de la Ciencia del Derecho 2ª ed. esp. trad. de la 4ª alemana de RODRIGUEZ MOLINERO Barcelona 1980.
- K. LARENZ Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts Munich⁶ 1983.
- K. LARENZ Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica Trad. esp. de L. Díez-Picazo. Madrid 1985.
- C. LASARTE "Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la STS de 27.1.1977) RDP (1980) pp 50-78.
- D. LEENEN "Abschluss, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages" AcP 188(1988) pp 381-418.
- M. LIBERTINI en Trattato di Diritto commerciale e Diritto pubblico dell'economia dir. F. GALGANO Vol III Padua 1981.
- M. LIEB "Sonderprivatrecht für Ungleichgewichtslagen?" AcP 178(1978) pp 196-226.
- M. LIEB "Grundfragen einer Schuldrechtsreform" AcP 183(1983) pp 327-366.
- J. LIMBACH "Die Vertragsgerechtigkeit als Beweisthema" Zeitschrift für Rechtspolitik (1975) pp 117-123.
- W. F. LINDACHER "Richterliche Inhaltskontrolle AGB und Schutzbedürftigkeit des Kunden" BB(1972) pp 296ss.
- W. F. LINDACHER "Grundsätzliches zu § 138 BGB" AcP 173(1973) pp 124ss.
- W. F. LINDACHER "Kenntnisnahmemöglichkeit und Kenntnisnahmeobliegenheit bei AGB" JZ (1981) pp 131-133.
- W. F. LINDACHER Anm. BGH 24.9..1980 JR (1981) p 158.
- W. F. LINDACHER "Zur Vertretungsmachtbegrenzung durch formularmässige Schriftform- und Bestätigungsvorbehaltsklauseln" JR (1982) p 1ss.
- W. F. LINDACHER "Reduktion oder Kassation übermässiger AGB-Klauseln" BB (1983) pp 154-160.
- W. F. LINDACHER Anm. OLG Düsseldorf 10.11.1983 JR (1984) pp 333-334.

W. F. LINDACHER ver infra M. Wolf.

W. F. LINDACHER Recensión al libro de H. Schmidt (vid infra) ZHR 152(1988) PP 98-100.

J. LIVERMORE "Exemption clauses in Inter-Business contracts" JBL (1986) pp 90-102.

H. LOCHER Das Recht der AGB Munich 1980.

A. M. LOPEZ LOPEZ "Comentarios a los arts 1281 ss CC" en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo. Tomo XVII vol 2º arts. 1281-1314. Madrid 1981 pp 1-57.

M. A. LOPEZ-SANCHEZ "The law-making power of enterprises and the protection of consumers in Spanish contract Law" Journal of Consumer Policy 8(1985) pp 389-407.

M. A. LOPEZ-SANCHEZ "La tutela del consumatore in Spagna" Riv. Tr. Dir. Pr. Civ (1986) pp 960ss.

M. A. LOPEZ-SANCHEZ "Las condiciones generales de los contratos en el Derecho español" RGLJ (1987) pp 609-655.

W. LÖWE "Verstärker Schutz des Kunden vor unbilligen AGB durch Wettbewerb?" BB (1972) pp 185-191.

W. LÖWE "Der Schutz des Verbrauchers vor AGB. Eine Aufgabe für den Gesetzgeber" Festschrift für K. Larenz Munich (1973) pp 373-407.

W. LÖWE "Voraussetzungen für ein Aushandeln von AGB" NJW (1977) PP 1328-1330.

W. LÖWE Anm. OLG Düsseldorf BB (1983) pp 2012ss.

W. LÖWE "Ergänzende Vertragsauslegung eines Kraftfahrzeugkaufs bei unwirksamer Tagespreisklausel" BB (1983) pp 2014-15.

W. LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/TRINKNER Kommentar zur Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB Tomo I. Heidelberg 1977.

F. LUCAS FERNANDEZ "El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales" ADC (1983) pp 1469ss.

A. LÜDERITZ Auslegung von Rechtsgeschäften Karlsruhe 1966.

A. LÜDERITZ Recensión al libro de Sandrock (vid infra) AcP 171(1971) p 160ss.

R. LUKES "Gedanken zur Begrenzung des Inhalts AGB" Festschrift für A. Hueck Munich-Berlin 1959.

E. MACDONALD "The Duty to give Notice of Unusual Contract Terms" JBL (1988) pp 375-385.

G. MAGOULAS/ J. SIMON (eds) Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und konsumentenkredit Baden-Baden 1985.

X. MANGOLD "Eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung" NJW (1961) pp 2284ss.

J. J. MARIN LOPEZ "Comenario a la STC 218/1988" en trámite de publicación en PJ.

A. MARINA GARCIA-TUÑON "El modelo inglés de control de las cláusulas contractuales injustas: la UCTA 1977" RDBB nº 25 (1987) pp 35ss.

C. MARTINEZ DE AGUIRRE Las ventas a plazos de bienes muebles Madrid 1988.

F. MATTERN "AGB und sonstige Formularklauseln in der Rechtsprechung des BGH" WM (1974) p 762.

T. MAYER-MALY "Die Bedeutung des tatsächlichen Parteiwillens für den hypotetischen" en Festschrift Flume Colonia 1978 pp 621-28.

T. MAYER-MALY Kommentar zum § 157 BGB en Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vol I Munich² 1984.

T. MAYER-MALY "Die guten Sitten als Masstab des Rechts" JuS (1986) pp 596-600.

D. MEDICUS Allgemeiner Teil des BGB Heidelberg² 1985.

D. MEDICUS "Verschulden bei Vertragsverhandlungen" en Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Tomo I Colonia 1981 pp 479-550.

D. MEDICUS "Rechtsfolgen für den Vertrag bei Unwirksamkeit von AGB" en HEINRICHS/LOWE/ULMER Zehn Jahre AGB-Gesetz pp 83-97.

D. MEDICUS "Die Lösung vom unerwünschten Schuldvertrag" JuS (1988) pp 1-8.

D. MEMMO "Clausole vessatorie e contratti della pubblica amministrazione" en Contratto e impresa nº 2 (1985) pp 376-392.

A. MENENDEZ MENENDEZ "Introducción al estudio de las disposiciones generales (arts 1-4) de la ley del contrato de seguro" Revista española de Seguros (1982) pp 5ss.

A. MENENDEZ MENENDEZ "Autonomía económica liberal y codificación mercantil española" en Centenario del

Código de Comercio Vol I Madrid 1986 pp 45-82.

H.J. MERTENS "Leges praeter legem" Aktiengesellschaft (1982) pp 29-41.

E.J. MESTMÄCKER "Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge" JZ (1964) p 441ss.

E.J. MESTMÄCKER "Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht" AcP 168(1968) pp 235-262.

U. MEYER-CORDING "Vernünftige Auslegung von AGB?" NJW (1981) p 2338s.

J. M^a MIQUEL "Comentario al art. 400 CC" en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales dirigidos por M. Albaladejo. Tomo V vol. 2^a, Madrid 1985 pp 438-467.

C.J. MILLER/ B.W. HARVEY Consumer and Trading law. Cases and Materials. Londres 1985.

H. MINTZBERG La estructuración de las organizaciones Trad. esp. de D. Bonner y J. Nieto; Barcelona 1988.

R. MOCKENHAUPT "Ergänzende Vertragsauslegung bei unwirksamen AGB-Klauseln am Beispiel der Tagespreisklausel in Kaufverträgen über fabrikneue Personenkraftwagen" Frankfurt 1987.

A. M. MORALES MORENO "El alcance protector de las acciones edilicias" ADC (1980) pp 585-686.

A. M. MORALES MORENO "El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa". ADC (1982) pp 591-684.

A. M. MORALES MORENO "Voluntad y causa en la renuncia a la indemnización por lesiones en caso de accidente. Coment. SAT Sevilla 25.2.1986" Poder Judicial 3(1986) pp 123-128.

A. M. MORALES MORENO "Intimidación, ausencia de causa, causa ilícita y culpabilidad de los contratantes. Anotaciones a la STS de 11.12.1986" ADC (1988) p 607ss.

A. M. MORALES MORENO El error en los contratos Madrid 1988.

A. M. MORALES MORENO Comentario a la STS de 21.10.1988 en CCJC nº 18 (1989) pp 919-933.

A. M. MORALES MORENO "Publicidad engañosa y defectos de la cosa" (inédito).

S. MUÑOZ MACHADO "Las deformaciones del ordenamiento jurídico y la aplicación de las leyes en el nuevo sistema constitucional" Documentación administrativa nº

200 Madrid 1984 pp 49ss.

J. M. MUÑOZ PLANAS "La prescripción del derecho al precio en las ventas al consumo" en Estudios Homenaje a A. Polo Madrid 1981.

P. H. NAENDRUP Die Teilnichtigkeit im Recht der AGB Bielefeld 1966.

Ph. NELSON "Information and consumer Behaviour" 78 Journal of Political Economy (1970) pp 311-329.

J. NEUMANN Geltungserhaltende Reduktion und ergänzende Auslegung von AGB Baden-Baden 1988.

F. NICKLISCH "Zum Anwendungsbereich der Inhaltskontrolle AGB" BB (1974) pp 941ss.

F. NICKLISCH "Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlehre -ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung? BB (1980) pp 949-953.

J. NIEBLING "Die Schranken der Inhaltskontrolle nach § 8 AGBG" BB (1984) pp 1713-1718.

W. NIEDENFÜHR Informationsgebote des AGB Gesetzes Frankfurt 1986.

F. OLEO BANET "Comentario a la STS de 3 de mayo de 1985. De nuevo sobre la mecantilidad de la compraventa para uso o consumo empresarial" RDM nº 178 (1985) pp 765-776.

G. OPPO "La direttiva comunitaria sul credito al consumo" Riv. Dir. Civ. (1987) pp 539-547.

A. ORTI VALLEJO "La compraventa de vehículos usados: caracteres y efectos" RDP (1987) pp 120-144.

A. ORTI VALLEJO Coment. STS 22.4.1988 en CCJC nº 17(1988) pp 463-474.

M. OSSORIO MORALES "Crisis en la dogmática del contrato" ADC (1952) pp 1175-1186.

J. OTADUY GUERIN La extinción del contrato de trabajo por razones ideológicas en los centros docentes privados Pamplona 1985.

J. M. OTERO LASTRES "Las ventajas particulares en la fundación de la sociedad anónima" RDM (1978) pp 7-50.

G. PAISANT "Les nouveaux aspects de la lutte contre les clauses abusives" Recueil Dalloz-Sirey (1988) nº 34 Chronique pp 253-260.

C. M. PALOMEQUE LOPEZ La nulidad parcial del contrato de trabajo Madrid 1975.

X. PAULY "Anwendung des AGB-G- auch für Kaufleute?" BB (1976) pp 534ss.

H. M. PAWLOWSKI "Bemerkungen zur Auslegung des AGB-Gesetzes" BB (1978) pp 161-164.

C. PAZ-ARES "La economía política como jurisprudencia racional" ADC (1981) pp 601ss esp pp 676-682.

C. PAZ-ARES "Una teoría económica sobre la mercantilidad de la compraventa" ADC (1983) pp 943-996.

V. PETEV "Inhaltskontrolle und Individualabrede nach dem AGB Gesetz" JR (1978) pp 4-7.

H. J. PFLUG Kontrakt und Status im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen Munich 1986.

E. PICKER "Richterrecht oder Rechtsdogmatik - Alternativen der Rechtsgewinnung?" JZ (1988) pp 1-12 y 62-75.

H. PIERER VON HESCH Teilnichtige Rechtsgeschäfte Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1968.

J.P. PIZZIO "L'introduction de la notion de consommateur en Droit français" Recueil Dalloz-Sirey (1982) I Chronique pp 91-98.

A. POLO "Comentario a la STS de 27.2.1942" RDP (1942) p 708ss.

J. M. PRADA GONZALEZ "Algunos aspectos de los préstamos bancarios" RDBB nº 14 (1984) pp 309-344.

O. PRAUSNITZ The standardization of commercial contracts in English and continental law Londres 1937.

F. PUIG BRUTAU Fundamentos de Derecho Civil Tomo II Vol I Barcelona² 1978.

L. RAISER Das Recht der AGB Bad Homburg 1961 reimpr. de la ed. orig. 1935.

L. RAISER "Vertragsfreiheit heute" JZ (1958) pp 1-8.

L. RAISER "Richterliche kontrolle von AGB" en idem Frankfurt-Berlin 1968 pp 123-143.

T. RAKOFF "Contracts of adhesion: An essay in reconstruction" 96 Harvard L. Rev. (1983) pp 1174-1284.

I. RAMSAY "Framework for regulation of the consumer Marketplace" en 8 Journal of Consumer Policy (1985) pp 353-372.

REALE/BISHOP/FURMSTON Contract. Cases and materials Londres 1985.

M. REHBINDER Allgemeine Geschäftsbedingungen und die Kontrolle ihres Inhalts Berlin 1972.

N. REICH "Verbraucher politische Probleme bei der Anwendung der AGBG" Journal of consumer Policy (1978) pp 236-248.

N. REICH Mercado y Derecho Trad. esp de A. Font. Barcelona 1985.

N. REICH "La experiencia práctica de la ley alemana sobre condiciones generales de los contratos" EC 6(1985) pp 21-27.

N. REICH/ H. MICKLITZ Consumer legislation in the EC countries (Germany). Londres 1980.

U. REIFNER "Die Rückabwicklung sittenwidriger Ratenkreditverträge" JZ (1984) pp 637ss.

P. REINEL Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1979.

V. REINHARD Die AGB-Reform. Darstellung und kritische Würdigung. Munich 1979.

D. REUTER Vor § 21 y § 25 en Münchenerkommentar zum BGB T I Munich (1978).

A. RIEG "Contrat type et contrat d'adhesion" en Etudes de Droit contemporain Paris 1970 tomo XXXIII pp 105ss.

A. RIEG "La lutte contre les clauses abusives des contrats (esquisse comparative des solutions allemande et française) en Etudes offertes à René Rodière Paris 1981 pp 221-245.

G. RIPERT "L'ordre économique et la liberté contractuelle" en Etudes Hommage à Geny I pp 347-353.

F. RITTNER "Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb" 188 AcP (1988) pp 101-139.

S. RODOTA Le fonti di integrazione del contratto Milán 1970.

G. ROMMEL "L'obligation de renseignement" en Droit des consommateurs dir. por BOURGOIGNIE y GILLARDIN Bruselas 1982 pp 13ss.

E. ROPPO "Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede" Riv. Dir. Civ. (1971) I p 686ss.

E. ROPPO Contratti standard Milán 1975.

E. ROPPO Il contratto Bologna 1977.

E. ROPPO "Protezione del consumatore e teoria delle

classi". Pol. Diritto (1975) pp 701ss.

E. ROPPO "Un contributo a la discussione sulla tutela dei consumatore" Pol. Diritto (1977) pp 581ss.

H. ROTH "Die Inhaltskontrolle nichtausgehandelter Individualverträge im Privatrechtssystem". BB (1987) pp 977-984.

H. ROTH "Geltungserhaltende Reduktion im Privatrecht" JZ (1989) pp 411-419.

G. ROUHETTE "Droit de la consommation et theorie générale du contrat" en Etudes offertes à René Rodière Paris 1981 pp 247-272.

K. ROUSSOS "Die Anwendungsgrenzen der Inhaltskontrolle und Auslegung von § 9 AGBG" JZ (1988) pp 997-1005.

M. ROYO MARTINEZ "Contratos de adhesión" ADC (1949) p 54ss.

H. RÜSSMANN "Die <<ergänzende Auslegung>> AGB" BB (1987) pp 843-848.

A. SAEENZ DE SANTA MARIA VIERNA "Dictamen: Estatutos de propiedad horizontal; abuso de derecho; defensa de los consumidores" RCDI (1988) vol 64 nº 588 p 1647-1669.

V. SALANDRA "I contratti di adesione" Riv. Dir. Comm (1928) I pp 408-435 y 507-540.

R. SALEILLES De la declaration de volonté. Contribution a l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil allemand Paris 1901.

A. SANCHEZ ANDRES "El control de las condiciones generales en el Derecho comparado: panorama legislativo" RDM nº 157-158 (1980) pp 385-436.

F. SANCHEZ CALERO "Las condiciones generales en los contratos de seguro y la protección de los consumidores" Revista española de seguros (1980) pp 5ss.

F. SANCHEZ CALERO Comentarios a la ley de contrato de seguro. Vol I en Comentarios al Código de Comercio y legislación mercantil especial dirigidos por MOTOS Y ALBALADEJO Madrid 1981.

F. SANCHEZ CALERO "El código de comercio y los contratos mercantiles" en Centenario del Código de Comercio Madrid 1986 pp 213-260.

F. SANCHEZ CALERO Instituciones de Derecho Mercantil Madrid¹³ 1988.

F. SANCHEZ GUILARTE "Aspectos de la cuenta corriente bancaria" en RDBB nº 26 (1986) p 659.

O. SANDROCK "Subjektive und objektive Gestaltungskräfte bei der Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften" AcP 159(1960-61) pp 481ss.

O. SANDROCK Zur ergänzenden Vertragsauslegung im materiellen und internationalen Schuldvertragsrecht Colonia 1966.

J. SCHAPP "Die Leitbildfunktion des dispositiven Rechts für die Inhaltskontrolle von AGB nach § 9 abs 2 AGB-G" DB (1978) pp 621-625.

P. SCHLECHTRIEM "Der Kaufmann im Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB" Festschrift Duden Munich 1977 pp 571ss.

P. SCHLECHTRIEM Schuldrechtsreform. Voraussetzungen, Möglichkeit und Gegenstände. Heidelberg 1987.

P. SCHLOSSER "Haftungsgrund und Haftungsmaßstab und AGBG" Wertpapiere Mitteilungen (1978) p 562ss.

P. SCHLOSSER Kommentar zum AGBGesetz en STAUDINGERS Kommentar zum BGB Berlin 1980.

P. SCHLOSSER "BGH-Rechtsprechung zur Tagespreisklausel. 800 unverdiente Millionen für Mercedes?" Jura (1984) pp 637-643.

P. SCHLOSSER "Entwicklungstendenzen im Recht der AGB" ZIP (1985) pp 449-462.

P. SCHLOSSER "10 Jahre AGB-Gesetz" JR (1988) pp 1ss.

E. SCHMIDT "Teil oder Totalnichtigkeit angreifbarer AGB Klauseln?" JA (1980) pp 401ss.

E. SCHMIDT "Von der Privat- zur Sozialautonomie" JZ (1980) pp 153ss.

E. SCHMIDT "Grundlagen und Grundzüge der Inzidentkontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz" JuS (1987) pp 929-936.

E. SCHMIDT "AGB-Gesetz und Schuldvertragsrecht des BGB" ZIP (1987) pp 1505-1509.

H. SCHMIDT Vertragsfolgen der Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit von AGB Heidelberg 1986.

J. SCHMIDT Comentario al § 242 BGB en STAUDINGERS Kommentar zum BGB (12 ed) Berlin 1980.

W. SCHMIDT-RIMPLER "Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts" AcP 147(1942) pp 157ss.

W. SCHMIDT-RIMPLER "Zum Vertragsproblem" en Festschrift Raiser Tubinga 1974 pp 3-26.

J. SCHMIDT-SALZER "Das Gesetz zur Regelung des Rechts der allgemeinen Geschäftsbedingungen" NJW (1977) pp 129-141.

B. SCHMIDT-TEDD Kaufmann und Verbraucherschutz in der EG. Frankfurt 1987.

D. SCHROEDER Die Einbeziehung allgemeiner Geschäftsbedingungen nach dem AGB-Gesetz und die Rechtsgeschäftslehre Berlin 1983.

A. SCHULER Über Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen Berna 1978.

A. SCHWARZ- L. WILDE "Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis" Univ. of Penn. L. Rev (1979) pp 636ss.

H.H. SEILER "Utile per inutile non vitiatur. Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht" Festschrift Kaser Munich 1976 pp 127ss.

F. SEQUEIRA MARTIN "Defensa del consumidor y Derecho constitucional económico" Revista española de Derecho Constitucional nº 10(1984) p 91ss.

SOERGEL/SIEBERT Vol I BGB Kommentar Stuttgart⁹ 1959.

SOERGEL/SIEBERT/KNOPP Comentario al § 157 BGB Del BGB Kommentar Stuttgart¹¹ 19''.

SOERGEL/SIEBERT/STEIN AGBG-Kommentar en BGB Kommentar (vid supra Soergel/Siebert).

X. SONNENSCHNIG "Inhaltskontrolle von formularmietverträgen" NJW (1980) p 1713ss.

A. STEIN Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB. Kommentar. Stuttgart-Berlin-Colonia-Manguncia 1977.

G. STEIN Die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge des allgemeinen Privatrechts. Berlin 1982.

P. STREIWE "Kollidierende AGB: Vertragsschluss und Vertragsinhalt" JuS (1982) pp 728-732.

J. STÜBING "Tatsachenbestätigungen und Fiktionen in AGB" NJW (1978) pp 1606-1611.

A. TAPIA HERMIDA "Ley de usura y protección del consumidor a crédito" RDBB nº 25 (1987) pp 145ss.

X. TASCHNER "Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland" NJW (1986) pp 611-616.

W. TESKE "Der Begriff des Verbrauchers. Resümee und Annäherung" en MAGOULAS/SIMON (eds) vid. supra. pp 15ss.

K. TIEDTKE "Teilnichtigkeit eines sittenwidrigen Rechtsgeschäfts" ZIP (1987) pp 1089-1096.

K. TIEDTKE "Unwirksamkeit von Nr. 13 der AGB der Banken" BB (1986) pp 541ss.

W. TILMANN "Das AGB-G und die Einheit des Privatsrechts" ZHR 142(1978) pp 52ss.

K. TONNER "Reisevertrag" en Handbuch des Verbraucherrechts Darmstadt 1986.

K. TONNER "Herstellergarantie und AGB-Gesetz" NJW (1984) pp 1730-1734.

K. TONNER "Die Entwicklung des Reisevertragsrechts durch Rechtsprechung, Gesetzgebung und Verbandsverhandlungen" AcP 189 (1989) pp 122-157.

J. TORNOS MAS Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas. Bolonia, 1982.

O. TORRALBA SORIANO "Causa ilícita. Exposición sistemática de la jurisprudencia del TS" ADC (1966) pp 661-708.

X. TRIMARCHI "Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale" Riv. Trim. Dir Pr. Civ. (1970) p 512.

R. TRINKNER "Vorschlag einer Generalklausel zu den AGB (Inhaltskontrolle)" BB (1973) pp 1501-2.

R. TRINKNER "Allgemeine Geschäftsbedingungen und individuell ausgehandelte Vereinbarungen. Anm. BGH-E. 20.10.1976" BB (1977) pp 59-61.

R. TRINKNER "Abgrenzung von AGB und individuellen Vereinbarungen. Anm. BGH-Entscheidung" en BB (1977) pp 715-718.

R. TRINKNER "Anm. BGH 19.9.1983" BB (1983) pp 1873-76.

R. TRINKNER "Ergänzende Vertragsauslegung eines Kraftfahrzeugkaufs bei unwirksamer Tagespreisklausel" BB (1983) p 2014.

R. TRINKNER LÖWE/GRAF VON WESTPHALEN/ TRINKNER

P. ULMER "Wirtschaftslenkung und Vertragserfüllung" AcP 174(1974) p 167.

P. ULMER "Schutz vor unbilligen AGB als Aufgabe eines speziellen Verbraucherrechts oder des allgemeinen Zivilrechts. Zu Reichs Beitrag" Journal of Consumer Policy (1978) pp 248-252.

P. ULMER "Notarielle Vertragsmuster und AGB Inhaltskontrolle" Deutsche Notar. Zeitschr. (DNotZ) (1981) p 100ss.

P. ULMER "Teilunwirksamkeit von teilweise unangemessenen AGB Klauseln?" NJW (1981) pp 2025ss.

P. ULMER "Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirksamkeit der Tagespreisklausel" BB (1982) pp 1130ss.

P. ULMER "Erfahrungen mit dem AGB-Gesetz. Zwischenbilanz nach fünfjähriger Geltung" BB (1982) pp 584-589.

P. ULMER "Diez años de la ley alemana de condiciones generales de los contratos: retrospectiva y perspectivas" ADC (1988) pp 763-787.

P. ULMER/ H. E. BRANDNER/ D. HENSEN AGBG Kommentar Colonia⁵ (1987).

R. URIA "Reflexiones sobre la contratación mercantil en serie" RDM n° 62 (1956) pp 221-241.

R. URIA Derecho Mercantil Madrid¹⁵ 1988.

I. URIARTE "The Spanish Act on the protection of the Rights of Consumer and Users" Journal of Consumer Policy 8(1985) pp 169-182.

E. VALLADARES RASCON "La responsabilidad del titular de una tarjeta de crédito en caso de sustracción de la misma" Poder Judicial n° 6 (1987) pp 95-99.

J. VALLET DE GOYTISOLO "Las donaciones de bienes inmuebles disimuladas según la jurisprudencia del TS" ADC (1972) pp 670ss.

C. VATTIER FUENZALIDA "La interpretación integradora del contrato en el Código Civil" ADC (1987) pp 495-524.

B. VIDAL MIGUEL "El estacionamiento de vehículos y las obligaciones que asume el concesionario del aparcamiento en su caso" RJCat (1987) pp 547-551.

E. VON HIPPEL "Zur Kontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen" BB (1985) pp 1629-1632.

K. WAGNER-WIEDUWILT "Missbräuliche Klauseln und EG-Harmonisierung" Die Bank Febr. 1988 pp 95-99.

H. WESTERMANN "Zur Problematik der <<salvatorischen>> Klauseln" en Festschrift für Möhring Munich (1975) pp 135ss.

H. P. WESTERMANN Verbraucherschutz en Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Colonia (1983) Vol III pp 1-122.

- H. P. WESTERMANN "Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen" ZHR 153(1989) pp 123-146.
- F. WIEACKER "Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts" (Recensión al libro de Larenz) JZ (1967) pp 385-391.
- H. R. WILLE "Nichtige Bestimmungen in allgemeinen Geschäftsbedingungen und § 139 BGB" Kiel 1966.
- X. WILLENBRUCH "Fällt die AGB-Klausel <soweit gesetzlich zulässig> unter die Unklarheitenregelung des AGBG?" BB (1981) pp 1977ss.
- X. WILSON "Freedom of contract and adhesion contracts" Intern. and Comp. Law Quarterly (1965) pp 172-193.
- X. WITTE Inhaltskontrolle und deren Rechtsfolgen im System der Überprüfung AGB Munster 1983.
- M. WOLF Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und verträglicher Interessenausgleich Tübingen (1970).
- M. WOLF "Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der AGB" JZ (1974) pp 41-46.
- M. WOLF "Gesetz und Richterrecht bei AGB" JZ (1974) pp 465ss.
- M. WOLF "Selbstbestimmung durch vertragliches Abschlussrecht" JZ (1976) pp 41-45.
- M. WOLF "Individualvereinbarungen im Recht der AGB" NJW (1977) pp 1937-1943.
- M. WOLF "Freizeichnungsverbote für leichte Fahrlässigkeit in AGB" NJW (1980) pp 2433-2440.
- M. WOLF/ N. HORN/ W. LINDACHER AGBG Kommentar Munich 1984 (2^a ed 1989) (se cita por la primera ed.).
- F. WOOLDRIDGE "Inequality of Bargaining power in contract" JBL (1977) pp 312-319.
- F. ZICCARDI "L'integrazione del contratto" Riv. Tr. Dir. Pr. Civ (1969) pp 108-190.
- R. ZIMMERMANN Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Berlin 1979.
- R. ZIMMERMANN Recensión al libro de Hager AcP 184(1984) pp 505ss.
- E. ZOLLER "Voraussetzungen und Rechtsnatur deklaratorischer AGB im Sinne des § 8 AGBG" BB (1987) pp 421-425.

W. ZÖLLNER "Privatautonomie und Arbeitsverhältnis.
Bemerkungen zu Parität und Richtigkeitsgewähr beim
Arbeitsvertrag" AcP 176(1976) pp 221-246.

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA CITADASENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMOPUBLICACION

28.03.1956	Ar. 1539
12.03.1957	Ar. 753
17.05.1958	Ar. 2482
29.01.1960	Ar. 894
20.10.1961	Ar. 3607
20.01.1965	Ar. 204
16.11.1966	<u>ADC</u> 1967 p 455.
09.12.1971	Ar. 5160
30.06.1972	Ar. 3631
13.11.1973	Ar. 4699
06.12.1974	Ar. 4560
07.05.1975	Ar. 1188
15.05.1975	RDM (1975) p 147
09.06.1976	Ar. 2693
23.11.1976	Ar. 5054
29.07.1977	Ar. 3522
29.11.1977	Ar. 4600
17.04.1978	Ar. 1358
28.04.1978	Ar. 1460
07.06.1979	Ar. 2321
29.07.1979	Ar. 3320
29.10.1979	Ar. 3819
13.04.1982	Ar. 1947
16.07.1982	Ar. 4248
18.01.1983	Ar. 249

618

26.02.1983	Ar. 1077
24.03.1983	Ar. 1611
25.05.1983	Ar. 2878
12.06.1984	Ar. 3233
14.11.1984	Ar. 5550
27.11.1984	Ar. 5665
14.01.1985	Ar. 173
29.04.1985	Ar. 1995
11.05.1985	Ar. 2269
20.06.1985	Ar. 3302
05.09.1985	Ar. 3642
21.10.1985	Ar.
05.11.1985	Ar. 5512
12.11.1985	Ar. 5583
11.12.1985	Ar. 6434
17.02.1986	Ar. 615
26.05.1986	Ar. 2823
16.09.1986	Ar. 4710
16.10.1986	Ar. 5793
26.12.1986	Ar. 7996
04.02.1987	Ar. 679
30.05.1987	Ar. 4548
30.06.1987	Ar. 3852
17.10.1987	Ar. 7293
22.01.1988	Ar. 135
13.01.1988	Ar. 118
12.02.1988	Ar. 941
23.02.1988	Ar. 1275

23.03.1988	Ar. 2225
06.04.1988	Ar. 2737
06.04.1988	Ar. 2739
15.04.1988	Ar. 2777
15.04.1988	Ar. 3150
22.04.1988	Ar. 3275
26.04.1988	Ar. 2877
26.04.1988	Ar. 3279
31.05.1988	Ar. 4132
06.08.1988	Ar. 5557
16.09.1988	Ar. 6691

DECISIONES DE TRIBUNALES INFERIORES

<u>SAT Barcelona</u> 06.02.1985	RJCat. 1985 II p 126.
<u>SAT Sevilla</u> 16.10.1985 4193	RGD 504(1986) p
<u>SAT Sevilla</u> 25.02.1986	PJ 3(1986) p 123.
<u>SAT Valencia</u> 2.12.1986	LA LEY (1987) nº 1662.
<u>SAT Madrid</u> 17.4.1989	EL PAIS 3.5.1989

REUNIDO EL TRIBUNAL QUE SUSCRIBE EN EL DIA DE
LA FECHA, ACORDO CALIFICAR LA PRESENTE TESIS
DOCTORAL CON LA CENSURA DE ~~APROBADA~~

MADRID, 16. Octubre. 1989.

2 mil millones

1000

Anteley S.

Spd T. Kpa

J. Suarez

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID



5401686959